

MEDEZEGGENSCHAP VAN WERKNEMERS
BIJ FINANCIËEL-ECONOMISCHE
BESLUITEN

met enige beschouwingen
naar Duits recht

J. ROEST

KLUWER

**MEDEZEGGENSCHAP VAN WERKNEMERS BIJ
FINANCIEEL-ECONOMISCHE BESLUITEN**

met enige beschouwingen naar Duits recht

**MEDEZEGGENSCHAP VAN WERKNEMERS BIJ
FINANCIEEL-ECONOMISCHE BESLUITEN**

met enige beschouwingen naar Duits recht

**EEN WETENSCHAPPELIJKE PROEVE OP HET GEBIED VAN DE
RECHTSGELEERDHEID**

PROEFSCHRIFT

**TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE KATHOLIEKE UNIVERSITEIT NIJMEGEN,
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VAN DECANEN IN HET
OPENBAAR TE VERDEDIGEN OP WOENSDAG 8 MEI 1996
DES NAMIDDAGS OM 3.30 UUR PRECIES**

DOOR

JOTI ROEST

**geboren op 9 juni 1964
te Saint-Germain-en-Laye (Fr.)**

PROMOTOR: PROF. MR. J.M.M. MAEIJER

Manuscriptcommissie:

Prof. mr. I.P. Asscher-Vonk

Prof. mr. A.F.M. Dorresteyn

Mr. F.J.P. van den Ingh

Van deze dissertatie is een handelseditie verschenen in de serie Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, nr. 48 (ISBN 90 268 2914 0)

© 1996 J. Roest, Amsterdam

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

VOORWOORD

Aan de totstandkoming van dit proefschrift heeft de steun van velen, op zeer verschillende wijzen, bijgedragen. Zeer veel dank ben ik verschuldigd aan prof.mr. J.M.M. Maeijer voor zijn uitstekende en stimulerende begeleiding: ik had mij geen betere promotor kunnen wensen.

Dank ben ik ook verschuldigd aan mijn begeleiders, mr. F.J.P. van den Ingh (KUN), die het manuscript met zeer grote nauwgezetheid en belangstelling heeft doorgenomen, en prof.mr. A.F.M. Dorresteyn (OU), die mij met name in de beginfase van dit onderzoek aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht (UU) met groot enthousiasme begeleidde. Hen beiden dank ik tevens voor het feit dat zij bereid waren plaats te nemen in de manuscript-commissie. Ook prof.mr. I.P. Asscher-Vonk (KUN) dank ik voor haar bereidheid deel uit te maken van deze commissie.

R. Leithaus (Universität zu Köln) dank ik voor zijn vertaling van de samenvatting en conclusies.

Gonnie Jakobs heeft met grote vaardigheid het manuscript *camera-ready* gemaakt; ik ben haar hiervoor zeer dankbaar.

Mijn beide paranimfen mr. Carla Joustra en mr. Charlotte Knobbout-Bethlem zijn mij beiden tijdens mijn onderzoek op hun geheel eigen wijze tot grote steun geweest. Ik ben hen daarvoor zeer dankbaar.

Gotze wil ik danken voor zijn toewijding tijdens de periode van mijn onderzoek; zijn steun is voor mij onmisbaar geweest.

Mijn ouders zijn ook bij het schrijven van dit proefschrift zeer betrokken geweest; hun oprechte belangstelling en ondersteuning zijn voor mij van grote betekenis. Aan hen draag ik dit boek dan ook op.

Amsterdam, 20 februari 1996

Joti Roest

INHOUDSOPGAVE

Lijst van afkortingen

XV

INLEIDING

1

DEEL I Medezeggenschap bij financieel-economische besluiten, een verkenning

Hoofdstuk 1 Directe medezeggenschap: Wet op de ondernemingsraden	11
1.1 Geschiedenis van de Wet op de ondernemingsraden	11
1.2 Terminologie van de Wet op de ondernemingsraden	15
1.3 Adviesrecht	17
1.3.1 Artikel 25 WOR: adviesrecht	17
1.3.2 Adviesrecht gesteund door beroepsrecht	22
1.3.3 Adviesrecht gesteund informatie-, overleg-, en initiatiefrecht	25
1.4 Financieel-economische informatie: artikel 31a WOR	30
1.4.1 Algemeen	30
1.4.2 Wetsgeschiedenis	30
1.4.3 Artikel 31a WOR	33
1.5 Instemmingsrecht; adviesrecht bij benoeming en ontslag van bestuurders	35
1.6 Beroepsmogelijkheden van de ondernemingsraad	36
1.6.1 Geschillenregeling: artikel 36 WOR	36
1.6.2 Procesbevoegdheid ondernemingsraad	37
1.7 De Wet op de ondernemingsraden in concernverhoudingen	39
1.7.1 Algemeen	39
1.7.2 Concernbevoegdheid	40
1.7.3 Aangelegenheid van gemeenschappelijk belang	41
1.8 Toerekening en besluitvorming	44
1.9 Toezeggingen, afspraken en convenanten	50
1.9.1 Algemeen	50
1.9.2 Toezegging	50
1.9.3 Afspraken en convenanten	53

Hoofdstuk 2	Indirecte medezeggenschap: structuurregeling	61
2.1	Geschiedenis van de structuurregeling	61
2.2	Toepasselijkheid van de structuurregeling; ondernemingsbegrip	63
2.3	Samenstelling van de raad van commissarissen	65
2.3.1	Algemeen	65
2.3.2	Benoeming van commissarissen	66
2.3.3	Vertrouwenscommissaris	71
2.4	Goedkeuringsrecht	72
2.5	Overige bevoegdheden van de raad van commissarissen	78
2.6	Structuurregeling als beschermingsconstructie	79
2.7	Contacten tussen raad van commissarissen en ondernemings- raad	80
2.8	Nederland-constructie	84
2.9	Convenanten	86
Hoofdstuk 3	Overige medezeggenschapswet- en regelgeving	89
3.1	Enquêterecht	89
3.2	Jaarverslaglegging	95
3.2.1	Algemeen	95
3.2.2	Commerciële rechtspersonen	96
3.2.3	Vrijgestelde groepsmaatschappijen	101
3.2.4	Commerciële stichtingen en verenigingen	102
3.2.5	Jaarrekeningprocedure	103
3.3	SER-Fusiegedragsregels	105
3.3.1	Algemeen	105
3.3.2	Toepasselijkheid van de SER-Fusiegedragsregels	105
3.3.3	Medezeggenschapsrechten op grond van de SER- Fusiegedragsregels	107
3.3.4	Toekomst van de SER-Fusiegedragsregels	109
3.4	Artikelen 7A:1639aa-dd BW	111
3.5	Collectieve arbeidsovereenkomst	112

Hoofdstuk 4 Duitse medezeggenschapswetgeving	115
4.1 Inleiding	115
4.2 Medezeggenschapsregelingen in Duitsland, een verkenning	116
4.3 Medezeggenschap op bedrijfsniveau	120
4.3.1 Instelling van een bedrijfsraad	120
4.3.2 Bevoegdheden van de bedrijfsraad	124
4.4 Medezeggenschap op ondernemingsniveau	132
4.4.1 Mitbestimmungsgesetz 1976	133
4.4.2 Betriebsverfassungsgesetz 1952	140
4.4.3 Montan-Mitbestimmungsgesetz 1951 en Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz 1956	143
4.4.4 Arbeitsdirektor	147
4.5 Medezeggenschapsovereenkomsten	147
4.5.1 Bedrijfsniveau	148
4.5.2 Ondernemingsniveau	152
4.6 Tarifverträge	153
4.7 Samenvatting	155
 Hoofdstuk 5 Europese ontwikkelingen op het terrein van medezeggenschap	 159
5.1 Inleiding	159
5.2 Richtlijn Europese ondernemingsraad	161
5.2.1 Voorgeschiedenis	161
5.2.2 Doelstelling en inhoud	163
5.2.3 Bijlage	168
5.2.4 Evaluatie	170
5.3 Vijfde Richtlijn (Naamloze Vennootschap)	171
5.4 Europese Vennootschap, Vereniging, Coöperatie en Onderlinge Waarborgmaatschappij	174
5.4.1 Algemeen	174
5.4.2 Europese Vennootschap (Societas Europaea)	175
5.4.3 Europese Vereniging, Coöperatie en Onderlinge Waarborgmaatschappij	183
5.5 Conclusie	187

**DEEL II Medezeggenschap bij financieel-economische
 besluiten, een analyse**

Hoofdstuk 6 Fusie, overname en samenwerking van ondernemers	191
6.1 Inleiding	191
6.2 Aandelenfusie	193
6.2.1 Algemeen	193
6.2.2 Wet op de ondernemingsraden	193
6.2.3 SER-Fusiegedragsregels	207
6.2.4 Structuurregeling	209
6.2.5 Aandelenfusie door oprichting van een derde vennootschap	210
6.2.6 Aandelenfusie door emissie van aandelen	213
6.3 Bedrijfsfusie	214
6.3.1 Algemeen	214
6.3.2 Wet op de ondernemingsraden	214
6.3.3 SER-Fusiegedragsregels	215
6.3.4 Structuurregeling	216
6.4 Juridische fusie	217
6.4.1 Algemeen	217
6.4.2 Wet op de ondernemingsraden	218
6.4.3 SER-Fusiegedragsregels	220
6.4.4 Structuurregeling	221
6.5 Onvriendelijke overname	221
6.5.1 Algemeen	221
6.5.2 Wet op de ondernemingsraden	223
6.5.3 SER-Fusiegedragsregels	225
6.5.4 Structuurregeling	227
6.6 Geen fusie, wel samenwerking	228
6.6.1 Algemeen	228
6.6.2 Joint venture	229
6.6.3 Stemovereenkomst en volmachtverlening	232
6.6.4 Bestuursovereenkomsten	234
6.6.5 Beheersovereenkomst	235
6.7 Samenloop van medezeggenschapsregelingen bij fusie	236
6.8 Europese ontwikkelingen op het terrein van fusie	241
6.8.1 Ontwerp tiende richtlijn	241

6.8.2	Ontwerp dertiende richtlijn	242
6.9	Conclusie	245
Hoofdstuk 7	Ontbinding, faillissement en herstructurering van de ondernemer	247
7.1	Inleiding	247
7.2	Ontbinding van de ondernemer	247
7.3	Sluiting en inkrimping van de onderneming	249
7.3.1	Algemeen	249
7.3.2	Sluiting van de onderneming	250
7.3.3	Inkrimping van de onderneming	256
7.4	Surséance van betaling en faillissement van de ondernemer	257
7.5	Herstructurering van de ondernemer	265
7.5.1	Algemeen	265
7.5.2	Splitsing	266
7.5.3	Verkoop van (een onderdeel van) een onderneming of ondernemer	269
7.5.4	Sterfhuis- en ziekenhuisconstructies	276
7.5.5	Management Buy-Out	281
7.6	Conclusie	285
Hoofdstuk 8	Financiering van de ondernemer en investeringen	287
8.1	Inleiding	287
8.2	Aantrekken van eigen vermogen door een NV en BV	289
8.2.1	Uitgifte van aandelen	289
8.2.2	Preferente aandelen	291
8.2.3	Prioriteitsaandelen	294
8.2.4	Certificaten van aandelen	296
8.2.5	Overige stukken	300
8.2.6	Converteerbare aandelen	306
8.2.7	Beursgang van de ondernemer	308
8.3	Aantrekken van eigen vermogen door een coöperatie, commerciële stichting en vereniging	309
8.3.1	Coöperatie	309

8.3.2	Commerciële stichting en vereniging	312
8.4	Vreemd vermogen; kredieten	313
8.4.1	Medezeggenschap bij kredietverlening aan de ondernemer	313
8.4.2	Medezeggenschap bij kredietverstrekking door de ondernemer	320
8.5	Concernfinanciering	321
8.5.1	Wijze van concernfinanciering	321
8.5.2	Medezeggenschap bij concernfinanciering	323
8.6	Investerings en desinvesteringen	325
8.7	Conclusie	328

Hoofdstuk 9 Medezeggenschapsconvenanten **331**

9.1	Inleiding	331
9.2	WOR-convenanten	332
9.2.1	Algemeen	332
9.2.2	Interpretatie van de WOR	333
9.2.3	Uitbreiding van bevoegdheden	335
9.2.4	Fusie	337
9.2.5	Herstructurering	338
9.3	Commissarisconvenanten	338
9.4	Conclusie	339

Hoofdstuk 10 Medezeggenschap bij financieel-economische besluiten naar Duits recht **341**

10.1	Inleiding	341
10.2	Fusie, overname en samenwerking van de ondernemer	345
10.2.1	Rechtspersonenrecht	345
10.2.2	Medezeggenschap op ondernemingsniveau	349
10.2.3	Medezeggenschap op bedrijfsniveau	352
10.3	Ontbinding, faillissement en herstructurering van de ondernemer	353
10.3.1	Rechtspersonenrecht	353
10.3.2	Medezeggenschap op ondernemingsniveau	354
10.3.3	Medezeggenschap op bedrijfsniveau	355
10.4	Financiering van de ondernemer	356

10.4.1 Algemeen	356
10.4.2 Medezeggenschap op ondernemingsniveau	356
10.4.3 Medezeggenschap op bedrijfsniveau	357
10.5 Vergelijking van het Duitse en het Nederlandse recht	357
SAMENVATTING EN CONCLUSIES	361
ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNISSE	371
Lijst van geraadpleegde literatuur	383
Jurisprudentieregister	411
Trefwoordenregister	421

LIJST VAN AFKORTINGEN

§	wetsartikel (duits recht)
AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (tijdschrift)
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
ArbuR	Arbeit und Recht (tijdschrift)
art(t).	artikel (artikelen)
AVA	Algemene vergadering van aandeelhouders
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater (tijdschrift)
Bb	Bedrijfsjuridische berichten (tijdschrift)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
blz.	bladzijde
BR	Bedrijfsraad
BV	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BvergG	Bundesverfassungsgericht
BvergGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek
B&E	Bank- en Effectenbedrijf (tijdschrift)
CAO	Collectieve arbeidsovereenkomst
COR	Centrale ondernemingsraad
DB	Der Betrieb (tijdschrift)
ECV	Europese Coöperatieve Vereniging
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EESV	Europees Economisch Samenwerkingsverband
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EOM	Europese Onderlinge Maatschappij
EU	Europese Unie
EuR	Europarecht (tijdschrift)

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EV	Europese Vereniging
e.v.	en volgende(n)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FEM	Financieel Economische Management (tijdschrift)
Fw.	Faillissementswet
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (tijdschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
HR	Hoge Raad der Nederlanden
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen Zeitung
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung
KB	Koninklijk besluit
KG	Kommanditgesellschaft
KG	Kort Geding
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
Ktg.	Kantongerecht
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
loc.cit.	loco citato (Lat.) op de aangehaalde plaats
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz 1976
MitbestErgG	Mitbestimmungsergänzungsgesetz 1956
MJ	Metro Journal
Montan-MitbestG	Montan-Mitbestimmungsgesetz 1951

MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nr(s).	nummer(s)
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NV	Naamlooze Vennootschap (tijdschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
OK	Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam
OLG	Oberlandesgericht
op.cit.	opere citato (Lat.) in het aangehaald werk
OR	ondernemingsraad
par.	paragraaf
PB EG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
P-G	Procureur Generaal
Pres.Rb.	President van de Rechtbank
Rb.	Rechtbank
RdA	Recht der Arbeit (tijdschrift)
RdW	Recht der Wirtschaft (tijdschrift)
RiW	Recht der internationalen Wirtschaft (tijdschrift)
r.o.	rechtsoverweging
ROR	Rechtspraak Ondernemingsraden (losbladige editie)
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RvT	Raad van toezicht
S.	Satz
SE	Societas Europaea
SER	Sociaal-Economische Raad
SEW	Sociaal Economische Wetgeving, Tijdschrift voor Europees en economisch recht
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
SoZaWe	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
SprAuG	Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten

SR	Sociaal Recht (tijdschrift)
Stb.	Staatsblad
S&V	Stichting & Vereniging (tijdschrift)
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVVS	Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen
UmwBerG	Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts
UmwG	Umwandlungsgesetz
vgl.	vergelijk
V&O	Vennootschap en Onderneming (tijdschrift)
WFR	Weekblad voor Fiscaal recht
WM	Wertpapier Mitteilungen (tijdschrift)
WMZ	Wet Melding Zeggenschap
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WvK	Wetboek van Koophandel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht/Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

INLEIDING

Een blik op de economische pagina van de krant toont aan dat bedrijven en concerns met grote regelmaat fuseren, en dat herstructurerings- en saneringsoperaties, als gevolg van herpositionering op de markt of geringe economische groei, aan de orde van de dag zijn. Juist deze financieel-economische beslissingen treffen, met name door de ermee verbonden dreiging van verlies van werkgelegenheid, vrijwel altijd de werknemers van deze bedrijven. Maar ook beslissingen met een positieve strekking, zoals het doen van investeringen of het aantrekken van vermogen in verband met de uitbreiding van activiteiten, kunnen leiden tot wijziging van de arbeid of de omstandigheden waaronder die arbeid wordt verricht. Ter bescherming van de werknemersbelangen zijn in de afgelopen decennia verschillende medezeggenschapsregelingen tot stand gekomen. In deze regelingen zijn bij financieel-economische besluiten van de ondernemer mogelijkheden tot medezeggenschap opgenomen.

In dit onderzoek wordt allereerst geanalyseerd welke medezeggenschapsrechten werknemers(vertegenwoordigers) toekomen bij financieel-economische besluiten van de ondernemer. Onderzocht wordt of het systeem van wet- en regelgeving inzake medezeggenschap bij financieel-economische besluiten tekortkomingen bevat, en op welke wijze de gesignaleerde lacunes kunnen worden opgevuld.

Vervolgens spiegel ik het Nederlandse medezeggenschapsrecht bij financieel-economische besluiten aan het Duitse medezeggenschapsrecht. Getracht wordt voor de geconstateerde verschillen tussen de beide rechtsstelsels een verklaring te geven.

Over de keuze van het Duitse recht merk ik het volgende op. De medezeggenschapswetgevingen van Nederland en Duitsland zijn op min of meer dezelfde leest geschoeid, hetgeen noodzakelijk is voor een zinvolle vergelijking.¹ Beide systemen kennen een vertegenwoordigend werknemersorgaan (ondernemingsraad, *Betriebsrat*) en uitoefening van werknemersinvloed door middel van directe (Duitsland) of indirecte (Nederland) vertegenwoordiging in de raad van commissarissen. Daarnaast is zowel in Duitsland als in Nederland de medezeggenschapswetgeving in vergelijking tot de overige

1 D. Kokkini-Iatridou, Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek (Kluwer-Deventer 1988), blz. 139-142; Th.M. de Boer, Vergelijkenderwijs: de inspiratie van buitenlands recht, WPNR 6033 (1992), blz. 46-47.

Lid-Staten van de EU tot grote ontwikkeling gekomen.² Gevolg van deze factoren is, dat Duitsland en Nederland initiatieven van de Europese wetgever om te komen tot communautaire regelgeving op het gebied van medezeggenschap, vanuit gelijke invalshoek benaderen.

Het onderzoeksterrein is in een aantal opzichten ingeperkt.

- I Allereerst naar het aantal te onderzoeken rechtsvormen. Ik richt mij op commerciële rechtspersonen (NV, BV, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij) en commerciële stichtingen en verenigingen. Van commerciële stichtingen en verenigingen kan gesproken worden in het geval dat deze rechtsvormen regelmatig in het economisch verkeer activiteiten ontplooiën met een winstoogmerk.³ Tot een beperking tot dit type rechtsvormen ben ik gekomen, omdat ook de Duitse medezeggenschapswetgeving op ondernemingsniveau is gelimiteerd tot een aantal commerciële rechtspersonen.
- II Vervolgens beperk ik mij tevens op grond van het aantal bij deze rechtsvormen betrokken werknemers. Ik zal mij slechts richten op ondernemingen met meer dan 100 werknemers.⁴ De restrictie naar het aantal werknemers heb ik gemaakt omdat het bij financieel-economische besluiten zo belangrijke adviesrecht van de ondernemingsraad zondermeer van toepassing is op ondernemingen met meer dan honderd werknemers.⁵ Bovendien heeft men ook in een aantal van de Duitse medezeggenschapswetten de toepasselijkheid gelimiteerd op grond van het aantal binnen de rechtspersoon aanwezige werknemers, zodat wanneer ook in het Nederlandse recht de grotere ondernemingen tot uit-

2 Vergelijk bijvoorbeeld: A.M. Koene/H. Slomp, Medezeggenschap van werknemers op ondernemingsniveau (VUGA-'s-Gravenhage 1991).

3 'Commerciële activiteiten'; deze omschrijving is ontleend aan F.J.P. van den Ingh/E. Bos/P.C.J. Oerlemans, De stichting als ondernemingsvorm (Kluwer-Deventer 1993), blz. 13. Vergelijk ook: Tweede Kamer 1994-1995, 24 255, nr. 3, blz. 2-3 (Voorstel tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de jaarrekening van stichtingen en verenigingen die een onderneming in stand houden).

4 Niet onderzocht worden dus: eenmanszaken, personenvennootschappen en (niet-commerciële) stichtingen en verenigingen met meer dan 100 werknemers, en commerciële rechtspersonen met minder dan 100 werknemers.

5 Daarbij ga ik dus voorbij aan de mogelijkheid dat bij ondernemingen met tussen de 35 en 100 werknemers een ondernemingsraad is ingesteld, die op grond van artikel 35a Wet op de ondernemingsraden een advies- of informatierecht kan toekomen.

gangspunt worden genomen, de vergelijkbaarheid van de beide rechtstelsels wordt vergroot.

- III Aangezien de gekozen invalshoek een ondernemingsrechtelijke is, blijven regelingen die hun basis vinden in het arbeidsrecht, zoals de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst en de Wet collectief ontslag, hierna buiten beschouwing, ook al kunnen collectieve arbeidsovereenkomsten een uitbreiding of nadere invulling van de medezeggenschap geven^{6, 7}.

BEGRIPPENKADER

Medezeggenschap

Wanneer onderzoek wordt verricht naar 'medezeggenschap bij financieel-economische besluiten' is het noodzakelijk een omschrijving te geven van het begrip 'medezeggenschap'.

In de Grondwet van 1983 werd expliciet een recht op medezeggenschap van werknemers vastgelegd. Artikel 19 lid 2 luidt als volgt:

"De wet stelt regels omtrent de rechtspositie van hen die arbeid verrichten en omtrent hun bescherming daarbij, alsmede omtrent medezeggenschap."

Over de vraag wat onder medezeggenschap verstaan dient te worden, en met name, wat het doel van medezeggenschap is, is een uitgebreide hoeveelheid literatuur voorhanden, ook vanuit sociologisch perspectief.⁸ Veelal komt

6 M.G. Rood, *Bedrijfsdemocratie: vlag of lading?* (Kluwer-Deventer 1979), blz. 10, rekent deze terreinen tot het medezeggenschapsrecht.

7 Wél geef ik in hoofdstuk 3 een samenvatting van een door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verricht onderzoek naar bevoegdheden van de ondernemingsraad in collectieve arbeidsovereenkomsten.

8 Voor een sociologische verhandeling over medezeggenschap verwijs ik naar: T. van Aken, *Sociologie van de medezeggenschap* (Vuga-Den Haag 1977).

Voor omschrijvingen met het begrip medezeggenschap kan verder verwezen worden naar: E. Steyger, *Medezeggenschap bij veiligheid en gezondheid* (Kluwer-Deventer 1990), blz. 17; A.J.C.M. Geers, *Recht en humanisering van de arbeid* (Kluwer-Deventer 1988), blz. 12; Slagter, *Compendium*, geeft in par. 1.3 een uitgebreid overzicht van de doctrine omtrent het begrip medezeggenschap; Rood, (op.cit. noot 6), blz. 4-5 zoekt aansluiting bij de definitie van Slagter; hij omschrijft medezeggenschap als meeweten, meespreken en meebeslissen. B. Wachter, *Ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap, mede in Europees verband*, *Geschriften van de Vereniging voor Arbeids-*

men de omschrijving van medezeggenschap tegen, zoals geformuleerd door Wachter. Hij verstaat onder medezeggenschap van werknemers:

"het vertegenwoordigd zijn van werknemers in organen die het beleid van de onderneming - of bepaalde onderdelen daarvan - binnen de vennootschap vaststellen, en/of aan wie het bestuur van de onderneming zich dient te verantwoorden."⁹

In deze omschrijving is er sprake van medezeggenschap, wanneer werknemers vertegenwoordigd zijn in een orgaan van de rechtspersoon of wanneer werknemers vertegenwoordigd zijn in een orgaan waaraan het bestuur verantwoording aflegt. Ik zou een iets minder beperkte omschrijving van medezeggenschap willen hanteren:

Van medezeggenschap van werknemers of hun vertegenwoordigers is sprake, wanneer zij op grond van in wet- of regelgeving vastgelegde dan wel toegezegde of overeengekomen¹⁰ rechten over de bevoegdheid beschikken om beslissingen van de rechtspersoon te beïnvloeden.¹¹

Binnen de medezeggenschap van werknemers zoals deze in Nederland vorm heeft gekregen, kan men onderscheiden tussen directe- en indirecte medezeggenschap. Directe medezeggenschap is diè vorm van invloedsuitoefening door werknemers, waarbij de belangen van werknemers worden behartigd

recht nr. 3 (Samson-Alphen aan den Rijn 1980), blz. 8, geeft een definitie die hieronder nog aan de orde komt. L. Timmerman, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers* (Kluwer-Deventer 1988), blz. 6-7 geeft geen eigen definitie van medezeggenschap, maar zoekt aansluiting bij de definitie van Wachter. J.C. Looise, *Werknemersvertegenwoordiging op de tweesprong* (Samson-Alphen aan den Rijn 1989), blz. 364-367 spreekt niet van medezeggenschap, maar van industriële democratie; P.W.M. Nobelen, *Facetten van medezeggenschap* (Van Gorcum-Assen/Maastricht 1991), blz. 10, geeft een overzicht van een aantal medezeggenschapsdefinities; aangeknoopt wordt bij de omschrijving van de SER zoals opgenomen in W. Albeda/W. Dercksen, *Arbeidsverhoudingen in Nederland* (4e druk, Samson-Alphen aan den Rijn 1989), blz. 125, en tenslotte: R.H. van het Kaar, *Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting* (Kluwer-Deventer 1993) hoofdstuk 2.

9 Wachter, op.cit. (noot 8), blz. 8.

10 Zoals hiervoor al werd aangegeven, valt de collectieve arbeidsovereenkomst buiten het bestek van dit onderzoek. Het gaat dus om overeenkomsten met of toezegging van de ondernemer.

11 Deze omschrijving vertoont gelijkenis met het door Van het Kaar gehanteerde begrip; medezeggenschap wordt door hem omschreven als 'het complex van formele bevoegdheden van werknemers en hun vertegenwoordigers om invloed uit te oefenen op ondernemersbeslissingen' (op.cit. noot 8, blz. 5).

door een instantie of orgaan binnen de onderneming waarin werknemers zelf zitting hebben. Van directe medezeggenschap vormt die welke wordt uitgeoefend door de ondernemingsraad een goed voorbeeld. Naast rechtstreekse medezeggenschap kan er ook sprake zijn van indirecte invloedsuitoefening. In dit geval maken de werknemers niet zelf deel uit van een orgaan dat of instantie die de mogelijkheid heeft om het ondernemingsbeleid te beïnvloeden, maar kunnen zij wel de samenstelling van dat orgaan beïnvloeden. Wanneer een op deze wijze samengesteld orgaan zijn bevoegdheden uitoefent, hebben werknemers(vertegenwoordigers) op indirecte wijze invloed op de besluitvorming. Het voorbeeld van indirecte medezeggenschap is de invloed van de ondernemingsraad op de samenstelling van de raad van commissarissen bij structuurrechtspersonen.

Financieel-economische besluiten

Als financieel-economische besluiten zou ik die beslissingen van de ondernemer willen kwalificeren, die betrekking hebben op de financiering (het aantrekken van eigen- of vreemd vermogen), de expansie (investeringen en verkrijging deelnemingen), het voortbestaan (inkrimping en sluiting) en de juridische zelfstandigheid (met name samenwerking en fusie) van de rechtspersoon of zijn onderneming.

PLAN VAN BEHANDELING

Het onderzoek bestaat uit twee delen.

Deel I Medezeggenschap bij financieel-economische besluiten, een verkenning

In de hoofdstukken 1, 2 en 3 geef ik een overzicht van de verschillende wettelijke en buitenwettelijke regelingen waaraan werknemers of hun vertegenwoordigers medezeggenschapsrechten kunnen ontlenen, indien door de ondernemer financieel-economische besluiten worden voorgenomen. Tevens komt daarbij de toelaatbaarheid van convenanten in het kader van de Wet op de ondernemingsraden en de structuurregeling aan de orde.

In het vierde hoofdstuk van dit onderzoek beschrijf ik het Duitse systeem van medezeggenschapsregelingen, waarbij ik mij met name zal richten op de medezeggenschapsrechten die het Duitse wettelijk systeem werknemers(vertegenwoordigers) toekent bij financieel-economische besluiten.

Zoals in het gehele nationale recht, laat ook in het ondernemingsrecht de invloed van Europese regelgeving zich gelden. Belangrijke ontwikkeling in

het Europees ondernemingsrecht is de totstandkoming van een richtlijn inzake medezeggenschap van werknemers op Europees niveau, de richtlijn Europese ondernemingsraad. Daarnaast wordt in Brussel gewerkt aan de totstandkoming van een aantal Europese rechtsvormen. In de ontwerp-regelgeving van deze Europese rechtspersonen zijn bepalingen opgenomen die invloedsuitoefening van de werknemers moeten garanderen. In hoofdstuk 5 richt ik mij op deze Europese initiatieven vanuit het perspectief van medezeggenschap bij financieel-economische besluiten.

Deel II Medezeggenschap bij financieel-economische besluiten, een analyse

In dit tweede deel van het onderzoek behandel ik de verschillende door een ondernemingsleiding voor te nemen besluiten met een financieel-economisch karakter. Daarbij richt ik mij vanzelfsprekend steeds op de vraag of werknemersvertegenwoordigers dergelijke besluiten kunnen beïnvloeden.

In hoofdstuk 6 komt de fusie van ondernemers aan de orde. Onderscheid wordt daarbij gemaakt naar de verschillende fusievormen, waaronder de onvriendelijke overname. Naast fusie bestaan er verschillende samenwerkingsvormen tussen bedrijven die niet als fusie gekwalificeerd kunnen worden. Ook het aangaan van deze samenwerkingsverbanden en de invloed van de werknemers op besluiten daartoe worden in hoofdstuk 6 besproken.

In hoofdstuk 7 wordt de herstructurering van een bedrijf of concern behandeld. Gedacht kan daarbij worden aan het afstoten van een (concern)-onderneming, een sluiting van een (gedeelte) van een onderneming of herstructurering van activiteiten. Herstructurering kan ook plaatsvinden door zelfstandiging bijvoorbeeld in de vorm van een *management buy-out*. Indien een bedrijf in financiële moeilijkheden verkeert, zal surséance van betaling of faillissement van de ondernemer soms onafwendbaar zijn, veelal gevolgd door sluiting van de onderneming. Tevens worden in dergelijke situaties constructies bedacht om liquidatie van een totaal concern te voorkomen: sterfhuisconstructies.

Hoofdstuk 8 is gewijd aan de door de ondernemer te nemen financieringsbeslissingen. In eerste instantie zal ik mij daarbij richten op medezeggenschap bij beslissingen van de ondernemer bij het aantrekken van eigen vermogen; vervolgens behandel ik het aantrekken van vreemd vermogen door de ondernemer. Hiernaast is een paragraaf opgenomen over investeringen en de medezeggenschapsrechten daarbij.

Steeds vaker worden door ondernemer en ondernemingsraad overeenkomsten gesloten waarin de medezeggenschapsrechten binnen het bedrijf worden vastgelegd. Door deze overeenkomsten trachten partijen een uitoefening van medezeggenschapsrechten te creëren die goed bij de specifieke structuur en

bedrijfsuitoefening van de ondernemer aansluit. De inhoud van dergelijke overeenkomsten, veelal medezeggenschapsconvenanten genoemd, wordt in hoofdstuk 9 behandeld.

Het Duitse medezeggenschapsrecht bij financieel-economische besluiten wordt besproken in hoofdstuk 10. Daarbij worden achtereenvolgens de medezeggenschapsrechten van werknemers(vertegenwoordigers) onderzocht bij fusie, herstructurering, financiering en het doen van investeringen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een vergelijking van het Duitse en Nederlandse medezeggenschapsrecht bij financieel-economische besluiten.

Het onderzoek wordt besloten met een *samenvatting en conclusies*. Vanuit het perspectief van de drie regelingen die van belang zijn bij uitoefening van medezeggenschap door werknemers(vertegenwoordigers) zal ik aangeven welke medezeggenschapsrechten werknemers(vertegenwoordigers) naar Nederlands recht aan deze regelingen ontleen. Vanzelfsprekend besteed ik ook aandacht aan de in voorafgaande hoofdstukken geconstateerde tekortkomingen in het medezeggenschapsrecht ten aanzien van financieel-economische besluiten.

Het onderzoek is afgesloten per 1 januari 1996. Na deze datum verschenen literatuur en rechtspraak zijn bij uitzondering verwerkt.

DEEL I

MEDEZEGGENSCHAP BIJ FINANCIEEL-ECONOMISCHE BESLUITEN, EEN VERKENNING

DIRECTE MEDEZEGGENSCHAP: WET OP DE ONDERNEMINGSRADEN

1.1 Geschiedenis van de Wet op de ondernemingsraden

Medezeggenschap van werknemers binnen ondernemingen ontstond aan het einde van de negentiende eeuw in de vorm van fabrieksraden en personeelskernen.¹ Voor deze organen bestond geen wettelijke basis: hun functioneren was informeel en vrijblijvend. De invloed die deze fabrieksraden en personeelskernen hadden, was vrij gering: de medezeggenschap bestond slechts uit informatieverstrekking door de werkgever.² Daarnaast bleef het aantal kernen en raden klein.³

Een wettelijke regeling om medezeggenschap binnen ondernemingen te garanderen, kwam pas tot stand in 1950⁴, de Wet op de ondernemingsraden (WOR).⁵ Als oorzaak voor deze vrij late codificatie van ondernemingsmedezeggenschap kan de opkomst van de vakbeweging in de tussengelegen periode worden genoemd.⁶ De in de WOR opgenomen taakomschrijving van de ondernemingsraad hield in het, onder erkenning van de zelfstandige functie van de ondernemer, naar vermogen bijdragen tot een zo goed mogelijk functioneren van de onderneming (art. 6 lid 1 WOR). Daartoe had de ondernemingsraad onder andere de volgende wettelijke mogelijkheden⁷: het adviseren en het doen van voorstellen omtrent maatregelen, die tot verbetering van de technische en economische gang van zaken in de onderneming kun-

1 P.W.M. Nobelen, Facetten van medezeggenschap (Van Gorcum-Assen/Maastricht 1991), hoofdstuk 2, en G. van den Berg, De medezeggenschap der arbeiders in de particuliere onderneming (Uitgeversmaatschappij "Ontwikkeling"-Amsterdam 1924), hoofdstuk III.

2 Nobelen, op.cit. (noot 1), blz. 16.

3 Nobelen, op.cit. (noot 1), blz. 16.

4 Het in 1924 verdedigde proefschrift van Van den Berg, op.cit. (noot 1), geeft een aardige illustratie van de tendensen naar medezeggenschapsuitoefening door middel van een ondernemingsraad en de hierover levende gedachten in de periode vlak na de eerste wereldoorlog.

5 Stb. 1950, K 174.

6 Nobelen, op.cit. (noot 1), blz. 17.

7 Ik heb mij hier beperkt tot de medezeggenschapsrechten op financieel-economisch terrein.

nen bijdragen (art. 6 lid 2 sub f WOR); een recht op inlichtingen (ter ondersteuning van de in artikel 6 lid 2 genoemde bevoegdheden), artikel 6 lid 5 sub a WOR; een recht op mededelingen omtrent de economische gang van zaken in de onderneming (art. 6 lid 5 sub b WOR).⁸

In 1964 bracht de Commissie Verdam een rapport uit inzake de herziening van het ondernemingsrecht.⁹ Hoofdstuk VII van dit rapport bevat voorstellen tot aanvulling en wijziging van de WOR. De voorstellen zijn deels organisatorisch van aard en hebben het doel een gezond overleg en wederzijds begrip te stimuleren. Deels zijn het voorstellen die een verdieping en verbreding van het overleg met de ondernemingsraad beogen.¹⁰ Deze laatste voorstellen houden onder andere een recht op inlichtingen in over de economische gang van zaken binnen de onderneming en een recht op raadpleging indien een besluit is genomen dat de structuur van de onderneming wijzigt.¹¹ De Commissie Verdam was van oordeel dat de ondernemingsraad over de gevolgen van dergelijke besluiten geraadpleegd moet worden. Tevens werd voorgesteld de ondernemingsraad een recht op financiële informatie toe te kennen, en een recht op bespreking van de jaarrekening.

De Sociaal-Economische Raad (SER) bracht in vervolg op het rapport van de Commissie Verdam advies uit over de taken en bevoegdheden van de ondernemingsraad. In dit advies zijn uitgebreide voorstellen gedaan tot wijziging van artikel 6-oud.¹² Deze voorstellen zijn door de regering nader uit-

8 Voor een analyse van deze rechten verwijs ik naar J.A.M. Engelen, *De betekenis van de ondernemingsraad* (Dekker & Van de Vegt N.V.-Nijmegen/Utrecht 1961), hoofdstuk V (De bevoegdheden van de ondernemingsraad) en hoofdstuk VI (De verplichtingen van de directie).

9 *Herziening van het ondernemingsrecht* [Rapport van de Commissie ingesteld bij beschikking van de Minister van Justitie van 8 april 1960] (Staatsuitgeverij-'s-Gravenhage 1967), verder: *Rapport Commissie Verdam*.

Voor de volledigheid vermeld ik dat tussen de WOR 1950 en het rapport van de Commissie Verdam ook werd uitgebracht het rapport 'De ondernemingsraad in Nederland' (kort samengevat in: *Tweede Kamer 1969-1970*, 10 335, nr. 3, blz. 11).

10 *Rapport Commissie Verdam*, blz. 87.

11 Daarbij is het niet de bedoeling dat aan de ondernemingsraden een vetorecht toekomt, daar de ondernemingsraad niet het geschikte orgaan is om een dergelijke verantwoordelijkheid te dragen. Ook hoeft de ondernemingsraad niet geraadpleegd te worden tijdens de voorbereiding van het te nemen besluit: *Rapport Commissie Verdam*, blz. 93.

12 *Advies van de SER van 22 november 1968 inzake uitbreiding bevoegdheden ondernemingsraden*. Verder *SER-advies 1969/13*.

gewerkt in wetsontwerp 10 335.¹³ Dit ontwerp leidde in 1971 tot een geheel nieuwe regeling, ook wel de tweede WOR genoemd.¹⁴ De taakomschrijving van de ondernemingsraad is hierin sterk gewijzigd. Een ondernemingsraad moet door de ondernemer worden ingesteld 'in het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen ten behoeve van het overleg met en de vertegenwoordiging van de in de onderneming werkzame personen' (art. 2 lid 1 WOR). Tevens is de ondernemingsraad in artikel 25 WOR een adviesrecht toegekend bij sociaal-economische besluiten, en is het recht op informatieverstrekking belangrijk uitgebreid.

Vrij spoedig na de totstandkoming van de tweede WOR bracht de SER een aantal adviezen uit over de in de WOR vastgelegde medezeggenschapsrechten. Allereerst in 1972 een advies over het beroepsrecht.¹⁵ In 1975 verscheen een advies over de taak, samenstelling en bevoegdheden van ondernemingsraden.¹⁶ Een advies inzake de verstrekking van informatie door de ondernemer aan de ondernemingsraad kwam tot stand in 1976.¹⁷

Een derde ingrijpende wijziging van de WOR vond plaats in 1979.¹⁸ De rechten van de ondernemingsraad werden belangrijk uitgebreid; tevens werd

-
- 13 Volledigheidshalve vermeld ik nog de totstandkoming van de rapporten 'Medezeggenschap en arbeidspositie' en 'Industriële democratie op het niveau van de onderneming' waarvan samenvattingen zijn opgenomen in: Tweede Kamer 1969-1970, 10 335, nr. 3, blz. 11-12.
 - 14 Wet van 28 januari 1971, houdende nieuwe regelen omtrent de medezeggenschap van de werknemers in de onderneming door middel van ondernemingsraden (Wet op de ondernemingsraden), Stb. 1971, 54.
 - 15 Advies van de SER van 13 oktober 1972 inzake een beroepsrecht van werknemers, verder SER-advies 1972/16. In ditzelfde jaar komt ook een advies uit over scholing en vorming van ondernemingsraadsleden dat ik hier onbesproken laat, SER-advies 1972/5. In 1973 brengt de SER een advies uit inzake wijziging van de Wet op de ondernemingsraden met betrekking tot de instelling van groepsondernemingsraden (SER-advies 1973/14). Dit laatste advies leidt tot wijziging van de WOR: Wet van 24 maart 1976, Stb. 1976, 225.
 - 16 SER-advies van 17 oktober 1975 over taak, samenstelling en bevoegdheden van ondernemingsraden, verder SER-advies 1975/14.
 - 17 SER-advies inzake de verstrekking door de ondernemer van informatie aan de ondernemingsraad van 15 oktober 1976, verder SER-advies 1976/20. In 1978 komt nog een advies tot stand inzake de medezeggenschap van werknemers in ondernemingen met minder dan honderd werknemers (SER-advies 1978/14). Dit advies blijft hier onbesproken.
 - 18 Wet van 5 juli 1979 tot herziening van de Wet op de ondernemingsraden, Stb. 1979, 448. Zie over deze wet bijvoorbeeld: L. Timmerman, Enkele kanttekeningen bij de gewijzigde Wet op de ondernemingsraden, TVVS 1980, blz. 29-34 (met naschrift van W.J. Slagter, TVVS 1980, blz. 34-37).

een beroepsmogelijkheid gecreëerd tegen bepaalde besluiten van de ondernemer, en maakte de bestuurder zelf niet langer deel uit van de ondernemingsraad zodat deze laatste werd verzelfstandigd.

In 1984 deed de vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SoZaWe) een oproep in de Staatscourant om onvolkomenheden, onduidelijkheden en/of omissies in de WOR aan haar te melden. Naar aanleiding hiervan kwam een rapport tot stand, waarin een inventarisatie is opgenomen van de in de praktijk levende bezwaren tegen de WOR.¹⁹ Mede naar aanleiding van dit rapport vroeg de minister advies over vereenvoudiging van de WOR.²⁰ Een advies van de SER kwam uit in 1986, en had met name betrekking op de in de WOR vastgelegde geschillenprocedures.²¹ Naar aanleiding van dit advies werd wetsontwerp 20 583 ingediend; wijziging van de WOR vond plaats in 1990.²² Deze wijzigingen betreffen met name een vereenvoudiging van de zeer ingewikkelde beroepsprocedures. Ondertussen had de minister van SoZaWe in 1989 opnieuw advies aan de SER gevraagd over een aantal knelpunten in de WOR.²³ In mei 1992 bracht de SER daarover een sterk verdeeld advies uit.²⁴ In 1994 bracht de SER advies uit over het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de

19 Onvolkomenheden, onduidelijkheden en/of omissies in de Wet op de ondernemingsraden, Tweede Kamer 1984-1985, 18 980, nrs. 1-2. Naar aanleiding van dit rapport is aan de minister van SoZaWe een vragenlijst voorgelegd. Ook deze vragenlijst, de antwoorden van de minister en het naar aanleiding daarvan gevoerde overleg zijn opgenomen onder kamerstuknummer 18 980.

20 Deze adviesaanvraag werd op 18 juli 1985 gedaan.

21 SER-advies inzake vereenvoudiging Wet op de ondernemingsraden van 24 oktober 1986 (verder SER-advies 1986/14). (Voor de volledigheid noem ik nog het SER-advies van 23 mei 1986 inzake de samenloop van de Wet op de ondernemingsraden en de Arbeidsomstandighedenwet [1986/06].)

22 Wet van 1 februari 1990 tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en van de Arbeidsomstandighedenwet, strekkende tot opheffing van de samenloop van beide wetten en tot vereenvoudiging van de geschillenregeling in de Wet op de ondernemingsraden, Stb. 1990, 91 (behandeld onder kamerstuknummer 20 583). Onvermeld laat ik kleine wijzigingen in de WOR die onder andere uitvloeisel zijn van wijzigingen in het jaarrekeningenrecht, het enquêterecht en de structuurregeling.

23 Deze adviesaanvraag werd gedaan op 21 augustus 1989 (verder aangeduid als: SER-adviesaanvraag) en is als bijlage opgenomen bij het door de SER in 1992 naar aanleiding hiervan uitgebrachte advies.

24 Advies over enige knelpunten in het praktisch functioneren van de ondernemingsraad en over eventuele wijzigingen van de Wet op de ondernemingsraden. Dit advies zal verder geciteerd worden als: SER-advies 1992/07. Zie over dit advies: J.B. Huizink, Enige knelpunten in het praktisch functioneren van de ondernemingsraad, TVVS 1992, blz. 251-255.

ondernemingsraad.²⁵ Sinds het voorjaar van 1995 is ook de medezeggenschap van overheidspersoneel geregeld in de WOR.²⁶

Naar aanleiding van de beide SER-adviezen maakte het kabinet in het voorjaar van 1995 zijn standpunt inzake de herziening van de WOR kenbaar; een wetsontwerp is momenteel in voorbereiding.²⁷

1.2 Terminologie van de Wet op de ondernemingsraden

De terminologie van de WOR is afwijkend van het rechtspersonenrecht zoals vastgelegd in boek 2 BW. Voor een goed inzicht in de in de WOR vastgelegde medezeggenschapsrechten is het begrippenkader van groot belang. Daarom zal ik hier de begrippen *ondernemer*, *bestuurder* en *onderneming* kort aanduiden.

Als *ondernemer* wordt aangemerkt (art. 1 lid 1 sub d WOR) de natuurlijke persoon en de rechtspersoon die een onderneming in stand houdt.²⁸ Indien een ondernemer rechtspersoon is, handelt hij door middel van verschillende organen, die ieder naar gelang van zijn bevoegdheden, al dan niet te zamen, op het onderneming inwerken.²⁹

25 Advies van de SER inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad van 20 mei 1994, verder: SER-advies 1994/06, zie A. Otten, De herziening van de Wet op de ondernemingsraden in gekantelde arbeidsverhoudingen, SMA 1994, blz. 407-416; J.A. van Gijzen, Het SER-advies en de rol van de OR bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, TVVS 1994, blz. 290-294.

26 Wet van 13 april 1995, houdende regeling van de medezeggenschap van het overheidspersoneel in de Wet op de ondernemingsraden. Parlementaire behandeling van deze wet vond plaats onder kamerstuknummer 23 551.

27 Tweede Kamer 1994-1995, 24 132, nr. 1, Voornemen tot herziening van de Wet op de ondernemingsraden (brief van de minister van SoZaWe waarbij een notitie houdende het standpunt van het kabinet over een herziening van de WOR), verder: Kabinetsstandpunt WOR.

28 Bij de Wet van 13 april 1995, houdende regeling van de medezeggenschap van het overheidspersoneel in de Wet op de ondernemingsraden, Stb. 1995, 231, is artikel 1 WOR gewijzigd, zodat de wet ook van toepassing is op de overheid.

29 Eerste Kamer 1979-1979, 13 954, nr. 8d, blz. 5. De MvT vervolgt aldus: "Is de ondernemer een N.V. of een B.V. dan zijn het naar gelang van de concrete omstandigheden de directie, de raad van commissarissen of de aandeelhoudersvergadering, dan wel meerdere van deze organen te zamen, die bij hun besluiten met de bevoegdheden van de ondernemingsraad rekening moeten houden. (...) Uit het voorgaande volgt dat het ten aanzien van de bevoegdheden van de ondernemingsraad niet zozeer van belang is hoe de bevoegdheden van de ondernemer precies over diens

Als *bestuurder* geldt degene die alleen dan wel te zamen met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid (art. 1 lid 1 sub e WOR); duidelijk is dat deze bestuurder in het geheel geen bestuurder in de zin van boek 2 BW hoeft te zijn.³⁰

Een *onderneming* is elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiek-rechtelijke aanstelling³¹ arbeid wordt verricht (art. 1 lid 1 sub c WOR). Bij de parlementaire behandeling van de WOR 1971 werd het 'als zelfstandige eenheid optreden' toegelicht:

"Daarmee is niet bedoeld dat het verband beslist organisatorisch onafhankelijk moet zijn. Het gaat bij dit als zelfstandige eenheid optreden uitsluitend om het zich naar buiten als zelfstandig presenteren, met name door onder eigen naam werkzaam te zijn."³²

Als voorbeeld van een onderneming in de zin van de WOR en ter illustratie van het feit dat één ondernemer verschillende ondernemingen in stand kan houden, geldt vaak een filiaal van een bank of grootwinkelbedrijf.³³

In het spraakgebruik verstaat men onder 'onderneming' veelal de organisatie van kapitaalverschaffers en leiding, of de in het economische verkeer optredende eenheid, waarin de kapitaalverschaffers, het bestuur en de werknemers elk hun eigen bijdrage inbrengen, de eerste de geldelijke middelen om mee te werken, het personeel dagelijks zijn activiteit, het bestuur de uiteindelijke leiding op korte en lange termijn.³⁴

Over het ondernemingsbegrip kom ik hieronder (paragraaf 2.2) in het kader van de structuurregeling nader te spreken.

Een in de literatuur regelmatig gestelde vraag, is of de ondernemingsraad kan worden aangemerkt als een orgaan van de rechtspersoon. Deze vraag wordt meestal ontkennend beantwoord.³⁵ Wel kan men de ondernemings-

verschillende organen verdeeld zijn."

30 Voor de achtergrond van de begrippen onderneming, ondernemer en bestuurder verwijs ik naar: H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen* (Kluwer-Deventer 1981), blz. 83-91; zie over het bestuurdersbegrip in de WOR en boek 2 BW: M.G. Rood, *Over de verhouding WOR-vennootschapsrecht*, TVVS 1993, blz. 222-224.

31 Dit element is bij de Wet medezeggenschap overheidspersoneel in de WOR toegevoegd.

32 Tweede Kamer 1969-1970, 10 335, nr. 3, blz. 15.

33 Vergelijk Honée, op.cit. (noot 30), blz. 84 en C. de Groot, *Ondernemingsrecht en besluitvorming* (Thesis Publishers-Amsterdam 1995), blz. 7-10 alwaar een overzicht van de wetsgeschiedenis rond het begrip 'onderneming' in de WOR.

34 Rapport Commissie Verdam, blz. 7.

35 Bijvoorbeeld: Asser-Maeijer 2 III, nr. 454.

raad aanduiden als een intern orgaan van de onderneming.³⁶ Ondernemer en ondernemingsraad dienen zich jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Dit kan niet rechtstreeks worden gebaseerd op artikel 2:8 BW, omdat de ondernemingsraad niet 'krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon is betrokken'.³⁷

Bij bespreking van bevoegdheden van de ondernemingsraad zal worden uitgegaan van een ondernemingsraad in een onderneming met meer dan 100 werknemers.³⁸

1.3 Adviesrecht

1.3.1 Artikel 25 WOR: adviesrecht

Wanneer de ondernemer van plan is een besluit te nemen over een van de aangelegenheden die in artikel 25 lid 1 WOR zijn opgesomd, is hij verplicht voor besluitvorming hieromtrent advies aan de ondernemingsraad te vragen.³⁹ De opsomming van artikel 25 WOR is limitatief, zodat de ondernemer bij besluitvorming over aangelegenheden die buiten de opsomming vallen geen verplichting heeft om advies te vragen.⁴⁰

In artikel 25 lid 1 WOR kunnen de volgende financieel-economische besluiten worden onderscheiden:

36 Asser-Maeijer 2 III, nr. 454; zie over het ondernemingsbegrip nader paragraaf 2.2.

37 Asser-Maeijer 2 III, nr. 454. De Ondernemingskamer baseerde (onder het oude recht) zijn oordeel inzake Ikon, Hof Amsterdam (OK) 26 november 1987, NJ 1989, 271 (noot Maeijer) wél rechtstreeks op artikel 7 (nu dus art. 8, JR). Ook L. Timmerman, De nieuwe bepalingen van boek 2 BW, Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 1991 (Tjeenk Willink-Zwolle 1991), blz. 51 is op dit punt terughoudender. Zie nader paragraaf 1.6.2.

38 Voor de 100- ondernemingsraad wordt verwezen naar artikel 35a WOR; voor rechtstreekse medezeggenschap (ondernemingen met tussen de 10 en 35 werknemers) naar artikel 35b WOR.

39 Artikel 25 lid 1 spreekt van een *voorgenomen besluit*. In de besluitvorming kunnen stadia worden onderscheiden. Wanneer is er sprake van beleidsvoornemen dan wel een voorgenomen besluit, en wanneer is een besluit in de uitvoeringsfase? Ik laat deze materie onbesproken en verwijst naar Asser-Maeijer 2 III, nr. 478.

40 Hierop kan uitzondering bestaan indien de ondernemer een toezegging heeft gedaan, dan wel het adviesrecht krachtens afspraak of convenant is uitgebreid, zie par. 1.9 en hoofdstuk 9 (medezeggenschapsconvenanten).

- overdracht van zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan (sub a);
- het vestigen van, dan wel het overnemen of afstoten van de zeggenschap over een andere onderneming (sub b);
- het aangaan van, aanbrengen van een belangrijke wijziging in of het verbreken van duurzame samenwerking met een andere onderneming (sub b);
- het beëindigen van de werkzaamheden van (een belangrijk onderdeel van) de onderneming (sub c);
- belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming (sub d);
- belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming (sub e);
- het doen van een belangrijke investering ten behoeve van de onderneming (sub h);
- aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming (sub i).

Het adviesrecht als zodanig is in 1971 in de WOR opgenomen.⁴¹ Vergelijking tussen het huidige artikel 25 WOR en de bepaling uit 1971 leert, dat het aantal adviesplichtige besluiten is uitgebreid. Daarnaast is de ontsnapingsclausule dat advies gevraagd moet worden *tenzij zwaarwichtige belangen zich daartegen verzetten*, geschrapt.⁴² Tevens is de formulering van ar-

41 Artikel 25 lid 1 WOR 1971 luidt als volgt:

De ondernemer stelt, tenzij zwaarwichtige belangen van de onderneming of van de direct bij de onderneming betrokken belanghebbenden zich daartegen verzetten, de ondernemingsraad in de gelegenheid aan hem advies uit te brengen over een door hem of door een andere bij de onderneming betrokken persoon te nemen besluit met betrekking tot:

- a. overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan aan een andere onderneming;
- b. beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van een onderdeel daarvan;
- c. belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming;
- d. belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming;
- e. wijziging van de plaats waar de onderneming haar werkzaamheden uitoefent;
- f. het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking van de onderneming met andere ondernemingen.

42 Dit op voorstel van de SER, zie SER-advies 1975/15, blz. 25, vergelijk ook Tweede Kamer 1975-1976, 13 954, nr. 3, blz. 37.

tikel 25 lid 1 WOR, eerste volzin, in die zin herzien, dat de woorden 'door een ander bij de onderneming betrokken persoon' zijn geschrapt. Volgens de MvT werd deze passage verwijderd, omdat zij in de praktijk onduidelijk is gebleken. Zij is in de nieuwe redactie achterwege gelaten, waarbij mede is uitgegaan van de gedachte dat iedere bij de onderneming betrokken persoon die een besluit neemt als bedoeld in dit lid, dit doet namens de ondernemer.⁴³ Terecht merkt Koning op, dat het jammer is dat deze passage is geschrapt, daar de rechtsontwikkeling van dien aard is geweest, dat ook besluiten die door andere (rechts)personen worden genomen onder omstandigheden onder het adviesrecht vallen (zie paragraaf 1.8 hieronder).⁴⁴

De inhoud van het in de WOR 1979 opgenomen, en tot op heden nog niet gewijzigde, adviesrecht is bepaald door gebeurtenissen die in de periode 1977-1979, de periode voorafgaand aan de herziening van de WOR, actueel waren. Het feit dat de opsomming limitatief is en nogal strikt wordt geïnterpreteerd, maakt dat adviesrecht in de praktijk nogal wat problemen oplevert, daar aangelegenheden die op dit moment actueel zijn niet onder het adviesrecht gebracht kunnen worden.

In 1989 stelde de minister in zijn adviesaanvraag aan de SER voor aan dit gebrek aan flexibiliteit tegemoet te komen, door de opsomming uit te breiden of van tijd tot tijd aan te passen.⁴⁵ Nadeel van het regelmatig aanpassen van de opsomming van artikel 25 WOR is, dat iedere bijstelling een wetswijziging vergt. Ook het opnemen van een algemene - niet limitatieve - omschrijving van onderwerpen waarbij advies gevraagd moet worden in een kapstokbepaling werd gesuggereerd.⁴⁶ Nadeel van deze oplossing is dat een dergelijke kapstokbepaling interpretatieproblemen kan geven bij de beantwoording van de vraag of een concreet voorgenomen besluit van de ondernemer al dan niet adviesplichtig is. Op deze grond wees de SER in zijn in 1992 uitgebrachte advies de kapstokbepaling van de hand.⁴⁷ De SER was verdeeld over een tussenoplossing, waarbij de opsomming van adviesplichtige besluiten wordt gehandhaafd, maar deze niet langer limitatief is doordat er een kapstokbepaling aan is verbonden. De kapstokbepaling zou hoofdre-

43 Tweede Kamer 1975-1976, 13 954, nr. 3, blz. 38; Zie F. Koning, Interface Heuga. Van ondernemingsraad naar ondernemersraad?, NV 72 (1994), blz. 161.

44 Koning, loc.cit. (noot 43), blz. 161.

45 SER-adviesaanvraag, blz. 6.

46 De minister suggereert de volgende kapstokbepaling: 'De ondernemer is verplicht advies te vragen over alle belangrijke bedrijfseconomische beslissingen die aantoonbare gevolgen hebben voor de werknemers', (SER-adviesaanvraag, blz. 6.)

47 SER-advies 1992/07, blz. 28.

gel zijn; de lijst zou dan een opsomming van besluiten vormen die in ieder geval geacht worden onder de kapstokbepaling te vallen.⁴⁸

Ook het kabinet wijst een kapstokbepaling van de hand, aangezien daaraan een grote mate van onbepaaldheid inherent is, zodat in de praktijk interpretatiegeschillen en conflicten kunnen toenemen, hetgeen verstorend kan werken op de verhouding tussen ondernemer en ondernemingsraad.⁴⁹ Het kabinet zal het adviesrecht op een aantal punten actualiseren door aan de limitatieve opsomming van artikel 25 lid 1 WOR een paar onderdelen toe te voegen. Het betreft besluiten tot het verstrekken van een belangrijk krediet aan derden en tot het stellen van zekerheid voor belangrijke schulden van derden (buiten het kader van de normale bedrijfsuitoefening).⁵⁰ Daarnaast acht het kabinet het wenselijk, dat er een adviesrecht bestaat bij voorgenomen besluiten tot een belangrijke automatisering of technologische vernieuwing.⁵¹

Uit de formulering van artikel 25 lid 1 WOR blijkt, dat adviesplichtigheid in een aantal gevallen afhankelijk is van de *belangrijkheid* van het voorgenomen besluit. Deze belangrijkheid wordt in beginsel gerelateerd aan de omvang van de onderneming in haar geheel. Consequentie hiervan is, dat een besluit dat voor de ene onderneming belangrijk is, dat voor een andere in het geheel niet hoeft te zijn. Rekening moet gehouden worden met de mate en de ernst van de gevolgen die het besluit voor alle of een belangrijk aantal werknemers heeft.⁵² Toch kunnen ook besluiten zonder directe sociale gevolgen *belangrijk* zijn in de zin van artikel 25 WOR. De in dit artikel aan de ondernemingsraad toegekende medezeggenschapsrechten strekken namelijk niet alleen ter behartiging van de eigen 'werknemersbelangen', maar meer in het algemeen ter behartiging van het belang van de onderneming in al haar doelstellingen.⁵³ Het kabinet is in navolging van de SER van oordeel dat het criterium *belangrijk* niet vervangen moet worden door een meer concretiserende formulering.⁵⁴ Ter vermijding van problemen

48 SER-advies 1992/07, blz. 28-30.

49 Kabinetstandpunt, blz. 10.

50 Kabinetstandpunt, blz. 9; zie hieronder hoofdstuk 8.

51 Kabinetstandpunt, blz. 9-10; deze uitbreiding blijft in dit onderzoek verder onbesproken.

52 M.G. Rood, De Wet op de ondernemingsraden (losbladige editie Gouda Quint), art. 25 WOR aantekening 3.

53 Eerste Kamer 1978-1979, 13 954, nr. 8d, blz. 15.

54 Kabinetstandpunt, blz. 15, en hiervoor SER-advies 1992/07, blz. 30-31.

over de kwalificatie van de *belangrijkheid* kunnen hierover *afspraken* gemaakt worden tussen ondernemer en ondernemingsraad.⁵⁵

Artikel 25 WOR bevat een aantal voorschriften van procedurele aard. De ondernemer moet het advies tijdig vragen (art. 25 lid 2 WOR).⁵⁶ Dat wil zeggen op zo'n tijdstip dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit.⁵⁷ In de praktijk geeft deze bepaling problemen aangezien zij op gespannen voet staat met artikel 25 lid 3 WOR. De ondernemer moet op grond van deze laatste bepaling in zijn adviesaanvraag de verwachte gevolgen van het besluit voor het personeel en eventuele maatregelen die als gevolg van het besluit genomen moeten worden, aan de ondernemingsraad mededelen.⁵⁸ Dergelijke informatie kan echter pas gegeven worden na een grondige voorbereiding van het besluit, zodat de ondernemer de kans loopt op het verwijt, dat hij het advies niet tijdig vraagt.⁵⁹

Het adviesrecht wordt ondersteund door een recht op informatie (art. 25 lid 3 WOR) en een recht op overleg (art. 25 lid 4 WOR), zie nader paragraaf 1.3.3. Tevens is de ondernemingsraad gerechtigd zich over één van de in artikel 25 WOR genoemde aangelegenheden door een deskundige te laten bijstaan, artikel 25 lid 1 sub j WOR.

Een door de ondernemer, na een adviesprocedure, genomen besluit moet deugdelijk worden gemotiveerd. Wanneer het besluit afwijkend is van het door de ondernemingsraad uitgebracht advies, is de ondernemer verplicht aan te geven op welke gronden dit is geschied (art. 25 lid 5 WOR).⁶⁰ Op

55 Kabinetsstandpunt, blz. 15; zie over afspraken nader paragraaf 1.9 hieronder.

56 Artikel 25 lid 2 is in 1979 in de WOR opgenomen. De SER stelde indertijd voor om deze verplichting in de MvT op te nemen. Tweede Kamer 1975-1976, 13 954, nr. 3, blz. 38.

57 Deze bepaling is opgenomen om te voorkomen dat de medezeggenschap van de ondernemingsraad wordt omzeild, doordat de ondernemer het advies zo laat vraagt, dat de eigenlijke besluitvorming al heeft plaats gevonden op het moment dat de ondernemingsraad advies uitbrengt. Zie Asser-Maeijer 2 III, nr. 478.

58 In Dr. Wouters Slot Stichting, Hof Amsterdam (OK) 21 januari 1994, SR 1994, blz. 94 (commentaar Zeijlstra), oordeelde de Ondernemingskamer bijvoorbeeld, dat een besluit te snel door de ondernemer werd genomen. In GMD/GAK, Hof Amsterdam (OK) 23 december 1993, JAR 1994, 15 waren de gevolgen van een overplaatsing nog niet duidelijk voor de werknemers.

59 Bijvoorbeeld: PTT Telecom, Hof Amsterdam (OK), 25 april 1991, NJ 1992, 271.

60 Bijvoorbeeld: Openbaar lichaam Arbeidsvoorzieningsorganisatie, Hof Amsterdam (OK) 12 maart 1992, ROR 1992, 16; Organon, Hof Amsterdam (OK) 27 november 1986, NJ 1988, 359 en Huize Godelinde, Hof Amsterdam (OK) 20 april 1995, JAR 1995, 109; ROR 1995, 21; SR 1995, blz. 196 (commentaar Van het Kaar); Zie over

grond van artikel 25 lid 5 WOR dient, voorzover de ondernemingsraad daarover nog niet heeft geadviseerd, tevens aan de ondernemingsraad advies gevraagd te worden over de uitvoering van het besluit.⁶¹

1.3.2 Adviesrecht gesteund door beroepsrecht

De kracht van het adviesrecht hangt nauw samen met het eraan verbonden beroepsrecht (art. 26 WOR). Onder omstandigheden kan de ondernemingsraad zich tot de Ondernemingskamer wenden met het verzoek te beslissen dat het door de ondernemer genomen besluit kennelijk onredelijk is. Het adviesrecht zou vrijwel krachteloos zijn, wanneer de ondernemingsraad geen middelen zou hebben om naleving ervan af te dwingen. Het beroepsrecht ex artikel 26 WOR is dan ook een zeer belangrijk rechtsmiddel van de ondernemingsraad.

Het beroepsrecht werd in 1979 in de WOR opgenomen.⁶² De WOR 1971 kende een algemene geschillenregeling (art. 36 WOR 1971). Spoedig na het in werking treden van de WOR 1971 bracht de SER advies uit over het beroepsrecht van werknemers, waarin positief werd geadviseerd over het opnemen van een beroepsrecht in de WOR.⁶³ Naar aanleiding daarvan werd een wetsontwerp ingediend, waarvan de inhoud later werd overgebracht naar wetsontwerp 13 954.⁶⁴

De ondernemingsraad kan beroep instellen tegen een besluit van de ondernemer bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam, wanneer het door de ondernemer genomen besluit niet in overeenstemming is met het door de ondernemingsraad gegeven advies, dan wel er feiten of omstandigheden be-

deze problematiek laatstelijk: R.A.A. Duk, Een door de ondernemer voorgenomen besluit, in: *Erudita Ignorantia* (Gouda Quint-Arnhem 1992), blz. 11-24.

61 Zie hierover Asser-Maeijer 2 III, nr. 482. In de uitspraak *Cebeco Handelsraad*, Hof Amsterdam (OK) 21 september 1995, JAR 1995, 212; SR 1995, blz. 344-345 (commentaar Van het Kaar) besliste de Ondernemingskamer, dat indien de ondernemingsraad advies uitbrengt over een samenstel van voorgenomen besluiten en beleidsvoornemens, hij zijn beroepsrecht niet verspeelt, indien de beleidsvoornemens tot uitvoering worden gebracht. Telkenmale wanneer het in de adviesaanvraag geformuleerde beleid tot nadere besluitvorming leidt, zal de ondernemer, voorzover die besluitvorming onder artikel 25 WOR valt, daarover advies moeten vragen aan de ondernemingsraad.

62 Zie Tweede Kamer 1975-1976, 13 954, nr. 3, blz. 39-43.

63 SER-advies 1972/16, blz. 17-18.

64 Het ingetrokken wetsontwerp was genummerd 13 350, ik verwijs naar Tweede Kamer 1975-1976, 13 954, nr. 3, blz. 39-40.

kend zijn geworden, die, waren zij aan de ondernemingsraad bekend geweest ten tijde van het uitbrengen van het advies, aanleiding zouden zijn geweest om een andersluidend advies uit te brengen (art. 26 lid 1 WOR).⁶⁵ Het besluit mag op ondergeschikte punten afwijken van hetgeen bij de oorspronkelijke adviesaanvraag is gesteld. In zo'n geval besliste de Ondernemingskamer dat een besluit niet kennelijk onredelijk was omdat niet aan wezenlijke medezeggenschapsbelangen tekort was gedaan.⁶⁶ In bijzondere gevallen kan de ondernemingsraad ook een beroepsrecht toekomen ondanks het feit dat het bestreden besluit werd genomen op een moment dat de ondernemingsraad nog niet is ingesteld.⁶⁷ Het beroep moet binnen 1 maand nadat het besluit door de ondernemer is genomen worden ingesteld (art. 26 lid 2 WOR).⁶⁸ De Ondernemingskamer toetst marginaal. Tegen uitspraken van de Ondernemingskamer kan cassatieberoep bij de Hoge Raad worden ingesteld. Wanneer de ondernemer (ten onrechte) geen advies heeft gevraagd aan de ondernemingsraad staat de beroepsprocedure ex artikel 26 WOR toch open, zo oordeelde de Ondernemingskamer inzake *Lingeziekenhuis*.⁶⁹ Later is het in de Lingeziekenhuis-zaak gegeven criterium genuanceerd;⁷⁰ het voorbijgaan aan het adviesrecht van de ondernemingsraad brengt *in het algemeen* met zich mee, dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen. Door het bepaalde in artikel 25 WOR niet na te leven heeft de ondernemer

65 De ondernemingsraad is niet ontvankelijk bij de Ondernemingskamer wanneer hij in beroep gaat tegen een besluit dat de ondernemer, om hem moverende redenen, heeft ingetrokken; Smit Internationale, Hof Amsterdam (OK) 9 april 1987, NJ 1988, 402. Ook heeft de OR geen beroepsrecht, wanneer de ondernemer advies heeft gevraagd zonder daartoe wettelijk verplicht te zijn: Eldutronik, Hof Amsterdam (OK) 1 december 1988, ROR 1989, 32.

66 Hydro Agri, Hof Amsterdam 21 november 1991, ROR 1992, 6.

67 Baxter, Hof Amsterdam (OK) 1 november 1990, ROR 1990, 32; op het moment dat de ondernemer het besluit nam, was bekend dat de ondernemingsraad binnen 6 weken ingesteld zou zijn. Het besluit (inkrimping van de organisatie) is van dermate groot belang dat de ondernemingsraad een beroepsrecht toekomt.

68 Gedurende deze periode wordt het besluit van de ondernemer opgeschort, artikel 25 lid 6 WOR.

69 Lingeziekenhuis, Hof Amsterdam (OK) 1 mei 1980, NJ 1981, 271 (noot Maeijer); AA 29 (1980), blz. 784-788 (noot Van Schilfgaarde) met reactie van De Laat in AA 30 (1981), blz. 143-145; TVVS 1980, blz. 215-216 (noot Boukema). Ook: Groot-Booy, Hof Amsterdam (OK) 21 juli 1983, NJ 1984, 776 (noot Maeijer).

70 Aanzet hiertoe is wellicht de noot van Maeijer onder dit arrest geweest. Hierin vraagt hij zich af of *iedere* niet-naleving van artikel 25 moet leiden tot een gegrond beroep op artikel 26 WOR.

wezenlijk te kort gedaan aan de in de WOR gewaarborgde belangen van de ondernemingsraad.⁷¹ De Ondernemingskamer zal het besluit niet kennelijk onredelijk achten wanneer er gronden zijn om het feit dat geen advies is uitgebracht, toe te rekenen aan de ondernemingsraad. Zo is de ondernemingsraad niet-ontvankelijk bij de Ondernemingskamer, wanneer hij verzuimt te adviseren terwijl door de ondernemer wel een adviesaanvraag is ingediend.⁷² De ondernemer kan niet pas ter zitting aanvoeren dat een besluit niet adviesplichtig is in de zin van artikel 25 lid 1 WOR.⁷³

Het is mogelijk dat een ondernemer een besluit splitst in een aantal besluiten die op zichzelf genomen niet leiden tot adviesplichtigheid, maar die, wanneer ze (achteraf) in onderlinge samenhang worden beschouwd, wèl tot een adviesplichtige situatie zouden leiden. Wanneer de ondernemer de besluitvorming op deze wijze met opzet versnipperd en medezeggenschapsrechten omzeilt, spreekt men van *salamitactiek*. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid, dat er geen sprake is van kennelijk onredelijke besluitvorming (en dus van *salamitactiek*), wanneer er een toezegging door de ondernemer is gedaan ten aanzien van adviesbevoegdheid in de toekomst (*Radboudziekenhuis*⁷⁴) dan wel een werkgelegenheidsgarantie is gegeven (*Friese*

71 Zie bijvoorbeeld: Vereniging A, Hof Amsterdam (OK) 25 februari 1982, NJ 1983, 27 (noot Maeijer); SSH (Stichting Samenwerkende Havenbedrijven), Hof Amsterdam (OK) 15 april 1982, NJ 1983, 744 (noot Maeijer) ook besproken door Rood in TVVS 1983, blz. 50, 51 en in SMA 1982, 759 door Koning; ook deze formulering is in latere uitspraken door de Ondernemingskamer weer enigszins gewijzigd (bijvoorbeeld: Hof Amsterdam [OK] 10 juni 1982, NJ 1983, 746 [noot Maeijer]; Groot-Booy, Hof Amsterdam [OK] 21 juli 1983, NJ 1984, 776). Vergelijk hieromtrent B.H.A. van Leeuwen, *Beginnelsen van behoorlijk ondernemingsbestuur* (Kluwer-Deventer 1990), blz. 90; Sint Radboudziekenhuis, Hof Amsterdam (OK) 27 augustus 1987, NJ 1988, 642; ROR 1987, 28.

72 Bijvoorbeeld: Veiligheidsinstituut, Hof Amsterdam (OK) 19 december 1985, NJ 1986, 556 (noot Maeijer), vergelijk ook: Stichting A, Hof Amsterdam (OK) 14 januari 1982, NJ 1983, 28 (noot Maeijer) zie hierover ook J. van Slooten, *Ondernemingskamer en Wet op de ondernemingsraden*, in: *Met recht verenigd* (Gouda Quint-Arnhem 1986), blz. 251-252, die van mening is, dat in een dergelijk geval ook geen opschortingstermijn geldt; Unilever, Hof Amsterdam (OK) 4 juni 1987, NJ 1988, 454 (noot Maeijer); SHB, Hof Amsterdam (OK) 6 oktober 1994, ROR 1995, 7; SR 1994, blz. 367-368 (commentaar Zeijlstra) zie voor een uitspraak in kort geding: PTT, Pres. Rb. Amsterdam 28 april 1995, JAR 1995, 148; ROR 1995, 22; SR 1995, 274-275 (commentaar Zeijlstra).

73 Interpharm, Hof Amsterdam (OK) 4 juli 1985, NJ 1986, 498 (noot Maeijer).

74 St. Radboudziekenhuis, Hof Amsterdam (OK) 20 november 1986, NJ 1988, 330; SR 1987, blz. 20-21 (commentaar Sprengers); TVVS 1987, blz. 51, 52 (commentaar Rood).

*Bondsspaarbank*⁷⁵). Voorts blijkt dat een beleidsplan geen vereiste is voor ingrijpende besluiten (*Postbank*⁷⁶). Wel is een besluit tot het openen van een nieuwe vestiging adviesplichtig; daarbij wordt niet alleen rekening gehouden met de kwantiteit van de uitbreiding, maar ook met de kwaliteit ervan met het oog op mogelijke volgende besluiten van eenzelfde soort, vergelijk de uitspraak inzake *HEMA*⁷⁷. Volgens de Ondernemingskamer is er sprake van salamitactiek wanneer de ondernemer op grond van een (extern) onderzoeksrapport in het kader van een reorganisatie een aantal niet belangrijke deelbesluiten neemt, die zo sterk samenhangen dat ze niet los van elkaar gezien kunnen worden (*Schoterhof*⁷⁸).

De Ondernemingskamer kan, op verzoek van de ondernemingsraad, de in artikel 26 lid 5 WOR genoemde voorzieningen treffen.⁷⁹ Een dergelijke voorziening kan reeds door derden verworven rechten niet aantasten (art. 26 lid 5 WOR).⁸⁰ Tevens kan de Ondernemingskamer voorlopige voorzieningen treffen, artikel 26 lid 8 WOR.⁸¹

1.3.3 Adviesrecht gesteund door informatie-, overleg-, en initiatiefrecht

Recht op informatie

Voor het op zinvolle wijze uitoefenen van medezeggenschapsrechten, is het voor de ondernemingsraad van essentieel belang om over adequate informa-

75 Friese Bondsspaarbank, Hof Amsterdam (OK) 9 maart 1989, ROR 1989, 9.

76 Postbank, Hof Amsterdam (OK) 1 oktober 1987, SR 1987, blz. 404 (commentaar Dorresteijn).

77 HEMA, Ktg. Amsterdam 22 januari 1986, SR 1986, blz. 24-26 (commentaar Zeijlstra).

78 Schoterhof, Hof Amsterdam (OK) 29 november 1990, NJ 1992, 220.

79 De Ondernemingskamer heeft bij het treffen van (voorlopige) voorzieningen een discretionaire bevoegdheid. Zo oordeelde de Ondernemingskamer (OBA, Hof Amsterdam [OK] 16 december 1993, NJ 1995, 49) dat het door de ondernemer genomen besluit de redelijkheidstoets niet kon doorstaan; desalniettemin achtte de Ondernemingskamer geen termen aanwezig om de door de ondernemingsraad gevraagde voorzieningen te treffen. Dit met het oog op de continuïteit van de onderneming en de daarmee samenhangende belangen. Bij dit oordeel hebben de door partijen opgeroepen deskundigen een belangrijke rol gespeeld.

80 Zie Asser-Maeijer 2 III, nr. 487.

81 Vergelijk Asser-Maeijer 2 III, nr. 488; dergelijke voorzieningen tracht de ondernemingsraad ook regelmatig door middel van een kort geding te verkrijgen, zie nader 1.6 hieronder.

tie te beschikken.⁸² Onder informatieverstreking kan worden verstaan: het verstrekken van bepaalde gegevens, waartussen een onderling verband bestaat.⁸³ Het belang van informatie is zeer groot; een ondernemingsraad kan geen gebruik maken van de hem toegekende medezeggenschapsrechten, wanneer hem de achterliggende informatie ontbreekt. De ondernemingsraad kan de besluitvorming van de ondernemer slechts beïnvloeden, wanneer hij tijdig wordt geïnformeerd, en wanneer hij kwalitatief goede informatie ontvangt. Het ontbreken van informatie kan medezeggenschap uithollen.

De WOR 1971 bevatte ter ondersteuning van het adviesrecht in artikel 25 lid 3 een recht op informatie, en een algemeen recht op inlichtingen in artikel 30.⁸⁴ In 1976 bracht de SER advies uit over informatieverstreking door de ondernemer aan de ondernemingsraad.⁸⁵ De informatierechten zijn in de WOR van 1979 uitgebreid, met name ten aanzien van de verstrekking van financiële informatie.⁸⁶ Aan de WOR zijn de volgende informatierechten te ontlelen.

Allereerst is in artikel 25 lid 3 WOR een specifiek informatierecht vastgelegd ter ondersteuning van het adviesrecht: als de ondernemer aan de ondernemingsraad advies vraagt, dient hij een overzicht van de beweegredenen voor zijn besluit en van de gevolgen die het zal hebben voor de werknemers te geven. Ook zal hij moeten aangeven, welke maatregelen hij naar aanleiding van het voorgenomen besluit zal nemen. De ondernemingsraad heeft recht op alle informatie die hij redelijkerwijs nodig heeft voor het uitbrengen van een advies.⁸⁷ In het rapport van het Instituut voor Toegepaste Sociale

82 G.J.W. Arendsen de Wolff, *Over de informatieplicht van de onderneming* (Kluwer-Deventer 1978) en C.A. Boukema/A.F.M. Dorresteyn, *Regelgeving inzake informatie omtrent ondernemingen*, in: *Organisaties in het web van hun omgeving (vermaatschappelijking in evolutie)* (Vermande-Lelystad 1989), blz. 27-39.

83 Arendsen de Wolff, op.cit. (noot 82), blz. 25.

84 Evenals bij het adviesrecht werd ook het recht op inlichtingen ingeperkt doordat inlichtingen geweigerd konden worden indien zwaarwichtige belangen van de onderneming of direct bij de onderneming betrokkenen zich tegen verstrekking verzetten (art. 30 lid 2).

85 SER-advies 1976/20.

86 Tweede Kamer 1975-1976, 13 954, nr. 3, blz. 48-50.

87 Zo heeft de ondernemer zijn informatieverplichting nageleefd in het geval hij een in het kader van een reorganisatie met de vakorganisaties opgesteld Sociaal Plan heeft overgelegd; de ondernemingsraad heeft niet het recht de besprekingen over een dergelijk plan als onderhandelingspartner bij te wonen, ING, Hof Amsterdam (OK) 31 maart 1994, NJ 1995, 417; ROR 1994, 19.

wetenschappen (ITS) werd geconstateerd dat informatieverstrekking bij de uitoefening van het adviesrecht vaak te laat geschiedt.⁸⁸ De minister stelde dan ook voor in zijn adviesaanvraag aan de SER om in het besluitvormingsproces dat tot een adviesaanvraag leidt, onderscheid te maken tussen het moment van informatieverstrekking en het moment van adviesaanvraag.⁸⁹ De verplichting tot vroegtijdige informatieverstrekking zou duidelijker geplaatst moeten worden in het kader van het reguliere overleg met de ondernemingsraad. Bepaald zou moeten worden, dat de ondernemer bij het informeren van de ondernemingsraad over belangrijke beleidsbeslissingen en projecten die in voorbereiding zijn, tevens met de ondernemingsraad overlegt, op welk moment deze in de besluitvorming moet worden betrokken.⁹⁰ Het kabinet deelt het standpunt van de SER, dat er geen uitdrukkelijke wettelijke verplichtingen hieromtrent opgenomen moeten worden, daar het te voeren overleg besloten ligt in het huidige wetsstelsel.⁹¹

Naast dit specifiek op het adviesrecht toegesneden informatierecht kunnen ondernemingsraden aan de artikelen 31 en 31a WOR informatierechten ontleenen. De op grond van deze bepalingen te verstrekken informatie is in drie categorieën te verdelen.⁹²

Allereerst is de ondernemer verplicht op grond van artikel 31 lid 1 WOR op verzoek van de ondernemingsraad informatie te verstrekken die deze redelijkerwijs nodig heeft voor de vervulling van zijn taak.⁹³ Een verzoek van de ondernemingsraad om informatie moet verband houden met onderwerpen waarover tussen ondernemer en ondernemingsraad overleg plaatsvindt, of terzake waarvan de ondernemingsraad een (advies- of instemings)bevoegdheid is toegekend. Een dergelijk verzoek moet door de ondernemingsraad voldoende geconcretiseerd worden.⁹⁴ De formulering van artikel 31 lid 1 WOR brengt mee dat de ondernemingsraad recht heeft op

88 J.C. Looise/F.G.M. de Lange, *Ondernemingsraden, bestuurders en besluitvorming* (Instituut voor Toegepaste Sociale wetenschappen [ITS]-Nijmegen 1987), blz. 88.

89 SER-adviesaanvraag, blz. 3-4.

90 SER-adviesaanvraag, blz. 4.

91 SER-advies 1992/07, blz. 19-20, Kabinetstandpunt, blz. 15.

92 Buiten het kader van dit onderzoek valt de op grond van artikel 31b WOR te verstrekken informatie inzake het sociaal- en personeelsbeleid.

93 De informatie hoeft geen noodzakelijke voorwaarde te zijn voor de taakvervulling van de OR; voldoende is dat de OR de gegevens redelijkerwijs nodig heeft: Honeywell Bull, Min. SoZaWe 6 februari 1987, SR 1987, blz. 102 (commentaar Zeijlstra).

94 Honée, op.cit. (noot 30), blz. 105.

informatie die hij redelijkerwijs nodig heeft, en niet op alle inlichtingen die hij zelf nodig acht.⁹⁵

Uit de rechtspraak blijkt, dat wanneer de ondernemingsraad een verzoek om informatie op het nog uit te oefenen adviesrecht baseert, hij wel recht heeft op een volledig meerjaren- dan wel beleidsplan als dat de achtergrond vormt voor het voorgenomen besluit. Het recht op informatie gaat echter niet zover, dat de ondernemer alle meningen die bij het totstandkomen van het beleidsplan zijn geventileerd, moet mededelen aan de ondernemingsraad.⁹⁶

Als tweede categorie van informatie kunnen de gegevens die de ondernemer uit eigen beweging moet verstrekken, gelden. Het betreft gegevens over de juridische- en arbeidsorganisatie van de onderneming, alsmede informatie over groepsbetrekkingen en duurzame betrekkingen anders dan uit zeggenschapsverhoudingen, die de ondernemer onderhoudt met andere ondernemers en instellingen (art. 31 leden 2 en 3 WOR). Op grond van artikel 31 lid 2 sub e WOR moeten gegevens worden verstrekt over ondernemingen waarmee de ondernemer duurzame betrekkingen onderhoudt, die van wezenlijk belang kunnen zijn voor het voortbestaan van de onderneming. Bij deze categorie van betrekkingen kan gedacht worden aan banken die een doorlopend krediet verstrekken, belangrijke leveranciers en afnemers.⁹⁷

De derde categorie betreft specifieke financiële informatie. De verstrekking hiervan is geregeld in artikel 31a WOR. Onderscheid kan worden gemaakt naar de verstrekking van retrospectieve en prospectieve financiële gegevens die verband houden met het adviesrecht (art. 31a leden 1 en 6 WOR), en de verstrekking van jaarstukken (art. 31a leden 2-7 WOR). Verstrekking van financiële informatie komt in paragraaf 1.4 aan de orde.

Recht op overleg

Naast een recht op informatie kan een recht op overleg met de ondernemer worden onderscheiden. Dit overlegrecht heeft betekenis in de adviesprocedu-

95 Vergelijk: A.F.M. Dorresteyn/M. Verhorst, WOR-jurisprudentie, het algemeen informatierecht van art. 31 lid 1 WOR, TVVS 1982, blz. 196.

96 Dorresteyn/Verhorst, loc.cit. (noot 95), blz. 196 en de in deze bijdrage genoemde rechtspraak.

97 Inzicht, blz. 137; vergelijk ook Honée, op.cit. (noot 30), blz. 111.

re, maar is ook van groot belang bij de uitoefening van andere aan de WOR te ontlelen medezeggenschapsrechten.⁹⁸

Op een periodiek te houden overlegvergadering ontmoeten ondernemingsraad en ondernemer elkaar (art. 23 lid 1 en 2 WOR). Het overlegrecht is geen krachtig medezeggenschapsrecht. Het houdt slechts in, dat de aangelegenheden die de onderneming betreffen, besproken worden; meer dan een gedachtenwisseling tussen ondernemer en ondernemingsraad omvat het niet. Daarnaast is wettelijk voorgeschreven dat overleg gevoerd moet worden over voorgenomen adviesplichtige besluiten (art. 25 lid 4 WOR), en over aangelegenheden waarbij de ondernemingsraad een instemmingsrecht heeft (art. 27 lid 2 WOR). In deze heeft het overlegrecht dus een ondersteunende functie jegens andere, krachtiger, medezeggenschapsrechten. Looise en De Lange constateerden in hun onderzoek (1987) dat, in strijd met artikel 25 WOR, bij adviesplichtige aangelegenheden regelmatig pas met de ondernemingsraad overleg wordt gevoerd, indien de besluitvorming in de directie in principe is afgerond.⁹⁹

Recht van initiatief

Dit recht kan de ondernemingsraad zowel in als buiten de overlegvergadering om uitoefenen (art. 23 lid 3, 4 WOR). Het initiatiefrecht is geen sterk medezeggenschapsrecht, daar de ondernemer niet gedwongen kan worden een initiatiefvoorstel over te nemen. Uit onderzoek van Looise en De Lange bleek, dat ondernemingsraden weinig gebruik maken van de initiatiefbevoegdheid.¹⁰⁰ Als reden daarvoor wordt aangegeven, dat ondernemingsraden over onvoldoende informatie beschikken om tot uitgebreide voorstellen te komen. De minister stelde daarom indertijd voor om aan het initiatiefrecht een specifiek informatierecht te koppelen.¹⁰¹ Het huidige kabinet ziet, in navolging van de SER, geen aanleiding om wetswijzigingen tot stand te brengen op het gebied van informatieverstrekking in het kader van het initiatiefrecht.¹⁰² Wel is het kabinet van oordeel dat een toetsingsmogelijkheid aan de ondernemingsraad toe zou moeten komen.¹⁰³ Voorgesteld

98 Vergelijk voor een overzicht van aangelegenheden waarover overleg tussen ondernemer en ondernemingsraad plaats dient te vinden: Asser-Maeijer 2 III, nr. 468.

99 Looise/De Lange, op.cit. (noot 88), blz. 50.

100 Looise/De Lange, op.cit. (noot 88), blz. 36.

101 SER-adviesaanvraag, blz. 5.

102 Kabinetstandpunt, blz. 12; SER-advies 1992/07, blz. 24-26.

103 Kabinetstandpunt, blz. 12; het SER-advies 1992/07 was op dit punt verdeeld: blz. 25-27.

wordt dan ook een voorziening te realiseren die gericht is op bedrijfsinterne bemiddeling dan wel, bij afwezigheid daarvan, externe bemiddeling door de bedrijfscommissie over door de ondernemer afgewezen initiatieffoorstellen; in een beroep bij de rechter wordt niet voorzien. Het kabinet is van oordeel dat het uiteindelijk oordeel over een initiatieffoorstel van de ondernemingsraad aan de ondernemer voorbehouden behoort te blijven.¹⁰⁴

1.4 Financieel-economische informatie: artikel 31a WOR

1.4.1 Algemeen

Het beschikken over financiële informatie is, als gezegd, essentieel voor de uitoefening van medezeggenschapsrechten bij financieel-economische besluiten. De beoordeling van een (voorgenomen) besluit tot fusie of overname, een investering, een emissie van aandelen of het aantrekken van een krediet is onmogelijk zonder recente gegevens over de financiële positie van de ondernemer. In deze paragraaf wordt de financiële informatie behandeld die de ondernemingsraad op grond van artikel 31a WOR toekomt. Dit artikel verplicht de ondernemer om aan de ondernemingsraad gegevens van financiële aard te verschaffen, deels in de vorm van jaarstukken.¹⁰⁵ In hoofdstuk 3 komt de jaarrekening aan de orde, en de vraag of de ondernemingsraad een jaarrekeningprocedure kan entameren.

1.4.2 Wetsgeschiedenis

De WOR 1950 kende de ondernemingsraad een recht op informatie toe bij economische aangelegenheden.¹⁰⁶ De Commissie Verdam stelde voor dit recht op periodieke informatieverstrekking in die zin uit te breiden, dat de ondernemer verplicht werd desgevraagd nadere mededelingen te doen aangaande de economische gang van zaken, tenzij het geven van de gevraagde inlichtingen in strijd is met het belang van de onderneming.¹⁰⁷ Daarnaast

¹⁰⁴ Kabinetsstandpunt, blz. 12-13.

¹⁰⁵ Onder jaarstukken zijn te verstaan: de jaarrekening (balans en winst- en verliesrekening) samen met jaarverslag en de overige gegevens.

¹⁰⁶ Artikel 5 lid 1 sub b WOR 1950 bepaalde dat de bestuurder verplicht is om periodiek aan de ondernemingsraad mededeling te doen omtrent de economische gang van zaken in de onderneming.

¹⁰⁷ Rapport Commissie Verdam, blz. 93.

was de Commissie Verdam van oordeel dat de bevoegdheden van de ondernemingsraad op financieel-economisch terrein uitgebreid moesten worden. Daartoe werd voorgesteld om (binnen NV's dan wel onderdelen daarvan) de ondernemingsraad het recht te geven op bespreking van de jaarrekening.¹⁰⁸

In het vervolgens uitgebrachte SER-advies over uitbreiding van de bevoegdheden van de ondernemingsraad werd uitgebreid aandacht besteed aan de verstrekking van financieel-economische informatie.¹⁰⁹ Wetswijzigingen werden voorgesteld om de inspraak van de ondernemingsraad op financieel-economisch terrein te vergroten.¹¹⁰ Gesuggereerd werd de bestuurder (in de zin van de WOR) te verplichten aan de ondernemingsraad zodanige gegevens te verstrekken, dat deze laatste zich een verantwoord oordeel kan vormen over de solvabiliteit, liquiditeit en rentabiliteit van de onderneming. Zonder dergelijke informatie kan de ondernemingsraad geen zakelijk constructief overleg voeren.¹¹¹

In de WOR 1971 werden de aanbevelingen van de SER grotendeels overgenomen. In artikel 24 lid 2 WOR 1971 werd vastgelegd, dat de ondernemer die een jaarrekening moet opmaken, deze met de ondernemingsraad bespreekt. Tevens is in lid 3 van datzelfde artikel bepaald, dat indien geen jaarrekening opgemaakt hoeft te worden, vervangende gegevens worden verstrekt.¹¹²

In 1975 bracht de SER advies uit over de taak, samenstelling en bevoegdheden van ondernemingsraden; over de verstrekking van informatie werd een aanvullend advies uitgebracht.¹¹³ Dit kwam tot stand in 1976, en had

108 Rapport Commissie Verdam, blz. 94-95.

109 SER-advies 1968/13, blz. 8.

110 In de WOR 1950 werden aan de ondernemingsraad slechts periodiek mededelingen gedaan over de economische gang van zaken in de onderneming (artikel 6 lid 5 sub b).

111 SER-advies 1968/13, blz. 8; de wijzigingen werden opgenomen in artikel 6 lid 5 sub c van het wijzigingsvoorstel en hielden in dat een jaarrekening overlegd moet worden, en vervangende gegevens in het geval dat de ondernemer geen jaarrekening opmaakt. Een uitgebreide opsomming van vervangende gegevens werd in het ontwerp-artikel opgenomen, zie het SER-advies blz. 17-18.

112 Een opsomming van vervangende gegevens werd in eerste instantie niet in het wetsartikel opgenomen. In de MvT werd voorgesteld deze gegevens nader te laten vaststellen door de SER in een uitvoeringsverordening, Tweede Kamer 1969-1970, 10 335, nr. 2, blz. 22. Tijdens de parlementaire behandeling werd een amendement aangenomen dat op dit punt wijziging bracht. De opsomming uit het SER-advies 1968/13 werd alsnog in het derde lid van artikel 24 opgenomen, zie Tweede Kamer 1969-1970, 10 335, nr. 70.

113 SER-advies 1975/14, blz. 22.

met name betrekking op de verstrekking van financieel-economische informatie.¹¹⁴ De SER overwoog dat artikel 24 WOR 1971 aanvulling en wijziging behoeft, en kwam tot een onderscheid van informatieverstrekking in verschillende categorieën. Met name voor de verstrekking van financieel-economische informatie werden uitgebreide voorstellen voor wijziging gedaan, die in de WOR van 1979 zijn overgenomen.¹¹⁵ In het wetsontwerp van de WOR 1979 was de verstrekking van financieel-economische informatie opgenomen in de hieronder te bespreken artikelen 31a en 31b; later hadden wijzigingen plaats waardoor het recht op verstrekking van sociaal-economische informatie werd vastgelegd in artikel 31a WOR.^{116 117}

In 1984 werd de Aanpassingswet Vierde EEG-richtlijn van kracht, waardoor het jaarrekeningenrecht zeer sterk werd gewijzigd; bij deze gebeurtenis is ook artikel 31a WOR aangepast.¹¹⁸

Uit de adviesaanvraag aan de SER uit 1989 bleek, dat de minister van mening was dat het financiële informatierecht van de ondernemingsraad verbonden aan een vrijgestelde groepsmaatschappij (art. 2:403 BW) tekort schiet.¹¹⁹ De SER deelde in zijn advies uit 1992 deze visie en stelde wetswijziging voor.¹²⁰ In het kabinetsstandpunt uit 1995 worden wetswijzigingen op dit punt van de hand gewezen, vergelijk paragraaf 3.3 hieronder.¹²¹

114 SER-advies 1976/20.

115 Het voert te ver om de bespiegelingen van en de discussie binnen de SER over de verstrekking van financieel-economische informatie hier uitgebreid te bespreken. Ik verwijs naar het SER-advies 1976/20, blz. 12 e.v. Overigens werd in de periode tussen de beide adviezen van de SER het ontwerp voor de WOR 1979 ingediend, waarin voorstellen werden gedaan voor wijziging van het recht op verstrekking van financiële informatie: Tweede Kamer 1975-1976, 13 954, nrs. 1-3, blz. 48.

116 Op grond van artikel 31a lid 4 dienen ondernemers die geen jaarrekening op hoeven te stellen jaarstukken op te maken krachtens een algemene maatregel van bestuur. Dit is het 'Besluit verstrekking financiële informatie aan ondernemingsraden' van 22 april 1980, Stb. 1980, 226 (verder: Besluit 1980).

117 Tweede Kamer 1976-1977, 13 954, nr. 6 (MvA), blz. 41-44. Naar aanleiding van het SER-advies is het ontwerp op het punt van de verstrekking van financiële informatie drastisch gewijzigd.

118 M.J. van Vliet, Verstreking van jaarstukken aan ondernemingsraden, TVVS 1984, blz. 120-124. Tevens werd het Besluit 1980 vervangen door het 'Besluit 1985', Stb. 1985, 151. Zie voor de wijzigingen die in het besluit zijn opgenomen de Nota van toelichting, Stb. 1985, 151, blz. 7-15.

119 SER-adviesaanvraag 21 augustus 1989, Bijlage sub III.

120 Verder SER-advies 1992/07, blz. 20-23.

121 Kabinetsstandpunt, blz. 11-12.

1.4 3 Artikel 31a WOR

Het recht op financiële informatie is nader te onderscheiden in algemene en specifieke, respectievelijk in retrospectieve- en prospectieve informatie.¹²²

Op grond van artikel 31a lid 1 WOR, moet de ondernemer (minimaal) halfjaarlijks algemene financiële informatie verstrekken met betrekking tot de werkzaamheden en resultaten van de onderneming in het verstreken tijdvak. Deze informatie betreft met name de aangelegenheden van artikel 25 WOR. Doel van de verstrekking van informatie is, dat deze wordt besproken op de overlegvergadering. De informatie kan mondeling of schriftelijk worden gegeven. Artikel 31a lid 6 WOR geeft de ondernemingsraad minimaal twee maal per jaar recht op informatie over de verwachtingen omtrent werkzaamheden en resultaten van de onderneming, wederom met name over de aangelegenheden ex artikel 25 WOR. Opmerkelijk is, dat expliciet is vastgelegd dat informatie verstrekt moet worden over alle investeringen in binnen- en buitenland.¹²³ Uit de formulering dat over *alle* investeringen informatie verstrekt moet worden, zou men af kunnen leiden dat het informatierecht niet is beperkt tot *belangrijke* investeringen (vergelijk art. 25 lid 1 sub h WOR).¹²⁴

Het is mijns inziens te betreuren dat de informatieverstrekking op grond van artikel 31a lid 1 en 6 WOR mondeling kan plaatsvinden.¹²⁵ Ik ben van

122 Een en ander is in schema gebracht door A. Dorresteyn/J. Roest, Wegwijzer voor het recht op financiële informatie, OR-Informatie 26 september 1990, blz. 22-23, 31.

123 De formulering 'binnen- en buitenland' is bij amendement toegevoegd. Honée, op cit. (noot 30), blz. 112-114 bespreekt de wetsgeschiedenis van deze bepaling uitgebreid, en komt tot de conclusie dat zij als volgt gelezen moet worden (blz. 114): "de ondernemer moet mededeling doen omtrent zijn verwachtingen met betrekking tot alle investeringen *ten behoeve van de onderneming* in binnen- en buitenland".

124 Zie ook over deze zinsnede en daarbij behorende wetsgeschiedenis Honée in zijn dissertatie, op cit. (noot 30), blz. 112-114, uit de wetsgeschiedenis blijkt, dat beraadslaging over artikel 31a WOR eerder plaats had dan die over artikel 25 WOR, waardoor de wat vreemde uitbreiding ten opzichte van artikel 25 lid 1 sub h WOR ontstaan zal zijn. Zie ook Tweede Kamer 1977-1978, 13 954, nr. 158, Handelingen Tweede Kamer 14 september 1978, blz. 3666.

125 Ook tijdens de parlementaire behandeling is op dit nadeel gewezen. De minister is in zijn Nota naar aanleiding van het nader verslag (Tweede Kamer 1977-1978, 13 954, nr. 110, blz. 3) van oordeel, dat het met name voor kleine ondernemingen bezwaarlijk is de informatie schriftelijk te verstrekken, waar schriftelijke informatie onontbeerlijk is, is deze in zijn ogen voorgeschreven. Het argument van de minister overtuigt mij niet. Bij kleine ondernemingen zal de te verstrekken informatie beperkt zijn, zodat de

mening dat financieel-economische informatie zich door haar aard beter leent voor schriftelijke verstrekking.

Wanneer een ondernemer een meerjarenplan of een begroting opstelt, is hij verplicht deze (of een samenvatting ervan) met toelichting aan de ondernemingsraad over te leggen (art. 31a lid 7 WOR).¹²⁶

Specifieke financiële informatie moet de ondernemer verstrekken in de vorm van jaarstukken. Commerciële rechtspersonen (NV, BV, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij) moeten de volgens de voorschriften van titel 9 boek 2 BW opgestelde jaarrekening, tezamen met een jaarverslag en overige gegevens na vaststelling¹²⁷ aan de ondernemingsraad overleggen (art. 31a lid 2 WOR). Deze jaarstukken dient de ondernemer met de ondernemingsraad te bespreken. Naast commerciële rechtspersonen zullen ook commerciële stichtingen en verenigingen verplicht worden een jaarrekening op te maken.¹²⁸ Andere ondernemers die niet onderworpen zijn aan de voorschriften van titel 9, moeten vervangende gegevens verschaffen conform de daartoe in een algemene maatregel van bestuur gestelde regels (art. 31a lid 5 WOR). Deze voorschriften zijn opgenomen in het Besluit 1985.

Als de ondernemer deel uitmaakt van een groep, moeten bij de jaarrekening aanvullende gegevens worden verstrekt. De ondernemer verschaft dan aan de ondernemingsraad de geconsolideerde jaarrekening met het bijbehorende jaarverslag en de overige gegevens. Als de gegevens van de ondernemer niet geconsolideerd zijn, verstrekt de ondernemer schriftelijke gegevens opdat de ondernemingsraad ook dan inzicht krijgt in het gezamenlijke resultaat van de groep. Omgekeerd moet de ondernemer ook schriftelijke gege-

schriftelijke vorm ervan geen grote belasting zal vormen.

126 Zie Tweede Kamer 1977-1978, 13 954, nr. 158; Handelingen Tweede Kamer 14 september 1978, blz. 3667.

127 Indien de ondernemer een structuurvennootschap is, dient de jaarrekening gelijktijdig aan de algemene vergadering en aan de ondernemingsraad overgelegd te worden: artikel 2:163/273 BW.

128 Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de jaarrekening van stichtingen en verenigingen die een onderneming in stand houden, Tweede Kamer 1994-1995, 24 255. Artikel 31a lid 2 WOR zal dan ook in die zin worden aangepast dat ingevoegd wordt: een stichting of vereniging als bedoeld in artikel 360, derde lid, van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

T.E. Lambooy, Uitbreiding van de werkingssfeer van het jaarrekeningenrecht tot de commerciële stichting en vereniging, V&O 1994, blz. 38-40, 53-55; C.A. Schwarz, Jaarrekeningplicht voor nijvere vereniging en stichting, WPNR 6180 (1995), blz. 301-302.

vens verschaffen over de 'eigen bijdrage' van de onderneming aan het gezamenlijke resultaat van de groep. Ook de ondernemer die een jaarrekening heeft vastgesteld die op meer dan één onderneming betrekking heeft, moet de 'eigen bijdrage' van de afzonderlijke onderneming voor de ondernemingsraad zichtbaar maken. Aldus artikel 31a leden 3 en 4 WOR.¹²⁹

Op de verstreking van jaarstukken kom ik hieronder in paragraaf 3.2 nog te spreken.

1.5 Instemmingsrecht; adviesrecht bij benoeming en ontslag van bestuurders

Instemmingsrecht

Het instemmingsrecht is wellicht het meest krachtige medezeggenschapsrecht van de ondernemingsraad. Dit recht houdt in, dat bepaalde voorgenomen besluiten door de ondernemer alleen rechtsgeldig genomen kunnen worden, wanneer de ondernemingsraad hiermee instemt. Dit instemmingsrecht heeft de ondernemingsraad bij een aantal limitatief opgesomde besluiten tot vaststelling of intrekking van regelingen op het gebied van het sociaal beleid van de ondernemer (art. 27 lid 1 WOR).¹³⁰ In artikel 27 WOR zijn specifieke procedures opgenomen in het geval geen instemming van de ondernemingsraad is verkregen, dan wel gevraagd. Vanuit het perspectief van medezeggenschap bij financieel-economische besluiten speelt het instemmingsrecht hoegenaamd geen rol, zodat het verder onbesproken blijft.¹³¹

129 De artikelen 7 en 8 Besluit 1985 hebben een soortgelijke strekking, zodat de laatste zin van artikel 31a lid 5 WOR: "het derde en vierde lid van dit artikel zijn overeenkomstig van toepassing" wellicht overbodig is. Vergelijk M.J. van Vliet, Verstreking van jaarstukken aan ondernemingsraden, TVVS 1985, blz. 121.

130 Een instemmingsrecht komt de ondernemingsraad ingevolge artikel 27 lid 3 WOR niet toe, indien een aangelegenheid reeds inhoudelijk in een collectieve arbeidsovereenkomst is geregeld: zie bijvoorbeeld Ktg. Amsterdam 5 januari 1995, KG 1995, 140; ROR 1995, 26.

131 Wel wijs ik erop, dat dit type besluiten door bedrijfseconomisch motieven wordt ingegeven. Zie artikel 27 lid 4 WOR waarin is bepaald, dat de kantonrechter (vervangende) toestemming kan geven - na weigering van instemming door de ondernemingsraad - indien het voorgenomen besluit van de ondernemer wordt gevegd door (o.a.) bedrijfseconomische redenen. Deze formulering is in 1990 toegevoegd bij de vereenvoudiging van geschillenprocedures in de WOR; een motivering heb ik in de wetgeschiedenis niet kunnen vinden: Tweede Kamer 1987-1988, 20 583.

Zie bijvoorbeeld: RDM, Ktg. Rotterdam 29 november 1994, JAR 1994, 140; ROR 1995, 26 en Gazelle, Pres. Rb. Arnhem 4 juli 1995, JAR 1995, 173; ROR 1995, 29;

Adviesrecht bij benoeming en ontslag van bestuurders

Artikel 30 WOR biedt de ondernemingsraad een adviesrecht in geval van een besluit tot benoeming en ontslag van een bestuurder. Het betreft hier de bestuurder in de zin van de WOR, artikel 1 lid 1 sub e WOR. Veelal zal de bestuurder in de zin van de WOR niet dezelfde zijn als degene die statutair bestuurder is op grond van boek 2 BW.

Het adviesrecht ex artikel 30 WOR wordt niet ondersteund door een beroepsrecht; naleving kan op grond van het hieronder te bespreken artikel 36 WOR verkregen worden.

1.6 Beroepsmogelijkheden van de ondernemingsraad

1.6.1 Geschillenregeling: artikel 36 WOR

Hierboven kwam het aan het adviesrecht gekoppelde beroepsrecht van de ondernemingsraad, zoals verankerd in artikel 26 WOR, aan de orde. Het instemmingsrecht (art. 27 WOR) wordt ondersteund door een procedure bij de kantonrechter. Naast deze, specifiek op het advies- en instemmingsrecht toegesneden rechten, kent de WOR een algemene geschillenregeling.

Op grond van artikel 36 lid 2 WOR kan de ondernemer dan wel de ondernemingsraad de kantonrechter verzoeken¹³² te bepalen dat de ondernemer respectievelijk de ondernemingsraad hetgeen bij of krachtens de wet is bepaald naleeft.¹³³ Op grond van artikel 36 lid 3 WOR is vooraf bemiddeling van de bedrijfscommissie vereist.¹³⁴ Op grond van de geschillenregeling kan de ondernemingsraad naleving vorderen van onder andere het informatie-, overleg- en initiatiefrecht.

SR 1995, blz. 275 (commentaar Van het Kaar) waar de president een vordering tot nietigheid van een besluit op grond van bedrijfseconomische redenen afwees.

132 De artikelen 429a-t Rv. zijn op deze procedure van toepassing.

133 Daarnaast is iedere belanghebbende bevoegd de kantonrechter te verzoeken te bepalen dat de ondernemer dan wel ondernemingsraad ter zake van een aantal in lid 1 genoemde aangelegenheden de WOR naleeft. Het betreft daarbij onder andere de instelling van een ondernemingsraad, reglementen, verkiezingen etc.

134 Voor de verdere procedurevoorschriften verwijs ik naar de overige leden van artikel 36 WOR.

Bij de kantonrechter kunnen in een procedure ex artikel 36 WOR voorlopige voorzieningen gevraagd worden (art. 119 Rv.), ook voordat de bedrijfscommissie om bemiddeling is gevraagd.¹³⁵

1.6.2 Procesbevoegdheid ondernemingsraad

De ondernemingsraad heeft op grond van de WOR een aantal mogelijkheden om naleving van daarin vastgelegde medezeggenschapsrechten te bewerkstelligen. Daarnaast kan men zich de vraag stellen, of de ondernemingsraad bevoegd geacht moet worden in kort geding naleving van de WOR te vorderen, of als eisende partij op te treden in een civiele procedure over een aangelegenheid die buiten de WOR is gelegen.

Uit de rechtspraak blijkt, dat de ondernemingsraad veelal bevoegd geacht wordt om in spoedeisende gevallen in kort geding naleving van de WOR te vorderen.¹³⁶

Daarnaast kan men zich de vraag stellen of aan de ondernemingsraad de bevoegdheid toekomt om op grond van de artikelen 2:14-16 BW vernietiging van besluiten van rechtspersonen te vorderen, dan wel nietigheid in te roepen. Beroep komt toe aan aandeelhouders, bestuurders en belanghebbenden, wanneer het besluit in strijd is met o.a. de redelijkheid en de billijkheid, en er tevens een redelijk belang bij vernietiging aanwezig is. De vernietigingsprocedure moet gezien worden in samenhang met artikel 2:8 BW, volgens welke bepaling een rechtspersoon en degenen die krachtens wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, zich ten opzichte van elkaar

135 Ktg. Rotterdam 27 december 1993, NJ 1994, 683, zie ook: (commentaar van S.M. Bartman) Juridisch up to Date, 1994/11, blz. 5-7; SR 1994, 93-94 (commentaar Sprengers).

136 Bijvoorbeeld: Skol, Pres. Rb. Breda 6 maart 1980, NJ 1980, 260 (noot Maeijer); Texas Instruments, Pres. Rb. Almelo 17 juli 1980, NJ 1981, 261 (noot Maeijer); Van Gelder, Pres. Rb. Haarlem, 27 april 1981, NJ 1981, 452; Howson Algraphy, Pres. Rb. Utrecht 6 augustus 1981, NJ 1982, 109; Avebe, Pres. Rb. Groningen 24 april 1981, NJ 1982, 249 (noot Maeijer); Ziekenhuis de Heel, Pres. Rb. Haarlem 19 februari 1988, KG 1988, 133; Philips, Pres. Rb. Zwolle 10 maart 1989, KG 1989, 147; Baxter, Pres. Rb. Utrecht 14 augustus 1990, KG 1990, 287; Air Express, Pres. Rb. Haarlem 20 februari 1990, NJ 1991, 568; Nederlandse Philips bedrijven, Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 19 juni 1992, NJ 1993, 379.

Ik wijs op de bijdrage van L.C.J. Sprengers/W. Zeijlstra, Het kort geding in het medezeggenschapsrecht, SR 1987, blz. 245-248. Zie ook: W.L. Haardt, De ondernemingsraad als procespartij in het burgerlijk geding, in: Van vennootschappelijk belang (Tjeenk Willink-Zwolle 1988), blz. 63-71.

hebben te gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en de billijkheid wordt gevorderd. Zoals al eerder werd opgemerkt (par. 1.2), kan worden aangenomen dat de norm van artikel 2:8 BW zich tot de ondernemingsraad uitstrekt.¹³⁷ Het recht vernietiging van een besluit van de ondernemer te vorderen komt de ondernemingsraad in ieder geval niet toe op grond van de artikelen 2:14-16 BW, indien de WOR tegen het besluit in kwestie een specifieke beroepsgang kent.¹³⁸

Het recht vernietiging van een besluit te vorderen, is wel aangenomen in het geval dat tegen gemaakte afspraken een directeur werd benoemd. Overwogen werd:

"(...)

3.3. De wet heeft de ondernemingsraad als bedoeld in de Wet op de ondernemingsraden (WOR), geen rechtspersoonlijkheid toegekend. In beginsel heeft de ondernemingsraad, behalve voor zover de wet hem deze toekent, geen procesbevoegdheid; deze komt in de regel slechtstoe aan rechtssubjecten. Niettemin moet worden aangenomen dat de ondernemingsraad vertegenwoordigd door zijn voorzitter - buiten de art. 26 en 36 WOR geregelde gevallen - in rechte kan optreden waar dat in belang is van en wenselijk is voor een doelmatige vervulling van de taak die de ondernemingsraad in de WOR is toegedacht. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan gevallen als het onderhavige, waarin de OR op de voet van art. 2:12 BW (oud, JR) de vernietiging van het besluit van de Raad van Toezicht wenst te bewerkstelligen.

(...)"¹³⁹

Ook volgens de President van de Rechtbank Roermond kwam de ondernemingsraad procesbevoegdheid toe om als belanghebbende in de zin van artikel 2:11 lid 2 BW (BW-oud, JR) een vordering in te stellen tot vernietiging van besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders; de in de WOR geregelde gevallen waarin de ondernemingsraad procesbevoegdheid bezit, zijn niet limitatief.¹⁴⁰

In de zaak *EBS* werd de ondernemingsraad op grond van de artikelen 2:8 en 15 BW ontvankelijk verklaard in een vordering tot vernietiging van een besluit, aangezien hij bij de organisatie van de vennootschap betrokken

137 Zie Asser-Maeijer 2 III, nr. 454.

138 Asser-Maeijer 2 III, nr. 454, 455 en Lanser, Hof 's-Gravenhage 24 april 1981, NJ 1983, 5 (noot Maeijer).

139 Ziekenhuis de Heel, Pres. Rb. Haarlem 19 februari 1988, KG 1988, 133.

140 Pres. Rb. Roermond 4 februari 1986, NJ 1987, 93.

is.¹⁴¹ Ook komt de ondernemingsraad over het algemeen procesbevoegdheid toe in gevallen waarin deze op grond van een wettelijke bepaling een bevoegdheid toekomt, waarvan naleving verkregen moet worden. Zo werd op grond van artikel 31a WOR (verstrekking van financiële informatie) aangenomen, dat de ondernemingsraad beschikt over het recht als belanghebbende tegen de jaarrekening op te komen.¹⁴²

Resumerend kan men stellen dat de ondernemingsraad in spoedeisende gevallen bevoegd geoordeeld wordt zijn in de WOR of andere wetgeving vastgelegde rechten bij kort geding af te dwingen. Een algemene procesbevoegdheid van de ondernemingsraad wordt niet aangenomen; wèl is de ondernemingsraad procesbevoegd indien hij jegens de ondernemer of vennootschap naleving wil bewerkstelligen van zijn in de wet vastgelegde rechten en er geen specifieke procedure (in bijvoorbeeld de WOR) is vastgelegd die de ondernemingsraad moet volgen.¹⁴³

1.7 De Wet op de ondernemingsraden in concernverhoudingen

1.7.1 Algemeen

Artikel 35 WOR regelt de bevoegdheden van de centrale ondernemingsraad en groepsondernemingsraad.¹⁴⁴ De bepalingen omtrent overleg (art. 23-24 WOR) en de bevoegdheden ex artikelen 25, 27 en 31-31c (advies-, instemmings-, informatierecht) zijn van overeenkomstige toepassing op de centrale ondernemingsraad. De bevoegdheden van de centrale ondernemingsraad zijn beperkt tot aangelegenheden die van gemeenschappelijk belang zijn voor alle of voor de meerderheid van de ondernemingen waarvoor de centrale ondernemingsraad is ingesteld. De bevoegdheid van de centrale ondernemingsraad is exclusief, hetgeen inhoudt dat lokale ondernemingsraden niet langer

141 EBS, Rechtbank Rotterdam 4 november 1994, JAR 1994, 248; ROR 1995, 11; SR 1995, blz. 20-22 (commentaar Van het Kaar). In deze procedure werd een door een voorlopige ondernemingsraad gevorderde verklaring voor recht en een vordering tot nakoming van een toezegging ex art. 3:296 BW op grond van onrechtmatig handelen naar analogie van artikel 2:15 BW ontvankelijk geoordeeld.

142 Zie hieronder paragraaf 3.3. Howson Algraphy, Hof Amsterdam (OK) 26 juni 1986, NJ 1987, 976; BAT, Hof Amsterdam (OK) 25 april 1991, NJ 1992, 237.

143 Asser-Maeijer 2 III, nr. 455.

144 Hieronder zal ik de centrale ondernemingsraad behandelen; voor de groepsondernemingsraad geldt, behoudens vermelding van het tegendeel, hetzelfde.

bevoegd zijn.¹⁴⁵ In Inzicht wordt, ter compensatie voor de lokale ondernemingsraad, op de mogelijkheid gewezen om in het reglement van de centrale ondernemingsraad de bepaling op te nemen dat indien de centrale ondernemingsraad in een dergelijk geval advies moet uitbrengen, hij eerst het oordeel van de lokale ondernemingsraad vraagt.¹⁴⁶ De Ondernemingskamer heeft echter uitgemaakt, dat slechts op één niveau advies uitgebracht hoeft te worden.¹⁴⁷

Artikel 35 WOR heeft met name twee vragen opgeroepen. Is de centrale ondernemingsraad alleen bevoegd ten aanzien van aangelegenheden die zonder zijn aanwezigheid zouden toekomen aan een enkelvoudige lokale ondernemingsraad, of heeft de centrale ondernemingsraad naast deze afgeleide bevoegdheden, ook nog eigen 'concern-bevoegdheden' (par. 1.7.2). Daarnaast is het criterium 'van gemeenschappelijk belang voor alle of de meerderheid van de ondernemingen waarvoor een centrale ondernemingsraad is ingesteld' niet duidelijk, zodat de bevoegdheidsverdeling tussen lokale- en centrale ondernemingsraden in de praktijk problemen heeft gegeven (par. 1.7.3). Dergelijke problemen worden veelal opgelost door het sluiten van convenanten. Het kabinet heeft daarom besloten de tot stand te brengen wettelijke voorziening voor het maken van afspraken tussen ondernemer en ondernemingsraad (zie par. 1.9) ook op centrale ondernemingsraden toepasbaar te laten worden.¹⁴⁸

1.7.2 Concernbevoegdheid

Over de vraag of de centrale ondernemingsraad alleen afgeleide bevoegdheden of ook eigen bevoegdheden heeft, is aanvankelijk in de literatuur veel beroering ontstaan. De schrijvers kunnen worden verdeeld in aanhangers en tegenstanders van de zogenaamde nemo-plus leer, die inhoudt dat de centrale ondernemingsraad slechts afgeleide bevoegdheden heeft. De nemo-plus leer is met name door Van der Grinten en, met een variant op diens leer, door Honée verdedigd.¹⁴⁹ Belangrijkste tegenstander van de nemo-plus leer

145 Philips Data Systems, Hof Amsterdam (OK) 21 januari 1982, NJ 1983, 31 (noot Maeijer); TVVS 1983, blz. 50-51 (commentaar Rood).

146 Inzicht, blz. 161.

147 HSA, Hof Amsterdam (OK) 10 mei 1990, NJ 1992, 126.

148 Kabinetssstandpunt, blz. 16.

149 W.C.L. van der Grinten, De bevoegdheden van de ondernemingsraad tot benoeming en ontslag van bestuurders van een onderneming, NV 58 (1980), blz. 85. Honée, op.cit. (noot 30), blz. 166; deze visie is door Honée opnieuw verdedigd in: De territoriale

is Van Solinge¹⁵⁰, hierin gevolgd door Van Schilfgaarde die van mening is dat medezeggenschap pas goed tot ontwikkeling kan komen als deze door-dringt tot het niveau waar de beslissingen worden genomen; aangezien de WOR slordig is geredigeerd moet gekozen worden voor de meest geloof-waardige interpretatie.¹⁵¹ Deze interpretatie, die heersende leer is, houdt in dat wanneer op het niveau van een holding of subholding een centrale ondernemingsraad bestaat, deze iets te zeggen heeft over concernaangelegheden.

De minister heeft de concernbevoegdheid in zijn SER-adviesaanvraag aan de orde gesteld¹⁵²; de SER bracht op dit punt vervolgens een verdeeld advies uit¹⁵³. Het kabinet zal duidelijkheid scheppen door een wetswijziging voor te stellen, die de centrale ondernemingsraad volledig eigen bevoegdheden geeft over zaken die van gemeenschappelijk belang zijn voor de meerderheid van de ondernemingen (aangelegenheden van concernbeleid), ook indien bij een lokale ondernemingsraad geen bevoegdheid te traceren is.¹⁵⁴

1.7.3 Aangelegenheid van gemeenschappelijk belang

De tweede belangrijke kwestie betreft de vraag wanneer een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang is. In de rechtspraak is dit probleem een

werking van de Wet op de ondernemingsraden, in: Ondernemingsraad en vennootschap (Kluwer-Deventer 1982), blz. 44-45.

150 A.G. van Solinge, Concernrecht en medezeggenschap, NV 60 (1982), blz. 51-60, en in: De positie van de ondernemingsraad bij in een groep verbonden ondernemingen, in: Ondernemingsraad en vennootschap (Kluwer-Deventer 1982), blz. 62-63.

151 P. van Schilfgaarde in zijn bespreking van het congres 'Ondernemingsraad en vennootschap' in NV 60 (1982), blz. 136-137. Andere tegenstanders van de nemo-plus leer zijn: A.W. Kist, De Wet op de ondernemingsraden in concernverhoudingen, in: Concernverhoudingen, concernfinanciering, mededingingsrecht (Kluwer-Deventer 1984), blz. 64; W.J. Slagter, Enkele problemen bij de toepassing van de Wet op de ondernemingsraden 1979, in: Gratia Comercii (Kluwer-Deventer 1981), blz. 363-367; J.M.M. Maeijer, Medezeggenschap en Concernverhoudingen, NV 67 (1989), blz. 115 en 'De benadering van het concern in het medezeggenschapsrecht' in: Sociaal recht: de grenzen verkend (Tjeenk Willink-Zwolle 1994), blz. 332; F. Koning, Fusies en centrale ondernemingsraden (Kluwer-Deventer 1988), blz. 12 (zie noot 14 aldaar) en in: F. Koning, De bevoegdheden van de centrale ondernemingsraad, NV 71 (1993), blz. 231-239, alwaar een literatuuroverzicht over deze kwestie in noot 3.

152 Adviesaanvraag SER, blz. 14.

153 SER-advies 1992/07, blz. 49-53.

154 Kabinetsstandpunt, blz. 15-16.

aantal malen aan de orde geweest, met name in geval van reorganisaties binnen een concern (zie nader hoofdstuk 7). Deze reorganisaties zijn aangelegenheden van gemeenschappelijk belang, omdat zij gevolgen hebben voor de meerderheid van de ondernemingen waarvoor de centrale ondernemingsraad is ingesteld. Vergelijk: *Avebe*¹⁵⁵, *Enka*¹⁵⁶, *Amfas*¹⁵⁷ (in deze laatste zaak was de lokale ondernemingsraad uiteindelijk op grond van een gedane toezegging adviesgerechtigd) en *Van Gelder*¹⁵⁸ (i.c. was de lokale ondernemingsraad wel bevoegd in kort geding op te komen tegen onrechtmatig handelen van de werkgever, dat bestond uit het niet volgen van de adviesprocedure). Dit meerderheids criterium werd ook toegepast bij: *AMRO*¹⁵⁹ (aanschaf computers) en *PTT Post BV*¹⁶⁰ (extra openstelling postagentschappen). Ook in de, overigens niet in het kader van de WOR spelende, *Amstelland*-zaak werd het meerderheids criterium gehanteerd; het betrof de vraag of de opdracht van een moedermaatschappij aan 100% dochters, zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor concernschulden een aangelegenheid is waarover de lokale ondernemingsraad advies mag uitbrengen. In kort geding werd geoordeeld dat het aangaan van financiële kruisverbanden een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang is, aangezien het voor alle of de meerderheid van de betrokken ondernemingen een gelijke afdoening of regeling vereist.¹⁶¹

In de uitspraak inzake *Coveco*¹⁶² oordeelde de President dat het sluiten van een dochtervennootschap een aangelegenheid van gemeenschappelijk be-

155 *Avebe*, Hof Amsterdam (OK) 25 juni 1981, NJ 1982, 248 (noot Maeijer onder NJ 1982, 249). Door de Ondernemingskamer wordt het door Van Solinge bepleitte 'meerderheids criterium' toegepast om de bevoegdheidsverdeling tussen lokale- en centrale ondernemingsraad af te bakenen (vergelijk Van Solinge, De positie van de ondernemingsraad bij in een groep verbonden ondernemingen, loc.cit. noot 150, blz. 63 e.v.).

156 *Enka*, HR 7 juli 1982, NJ 1983, 35 (noot Maeijer), waaruit de beslissing van de Ondernemingskamer gekend kan worden.

157 *Amfas*, Pres. Rb. Rotterdam, 25 april 1984, KG 1984, 138; Hof Amsterdam (OK) 30 augustus 1984, NJ 1985, 475 (noot Maeijer).

158 *Van Gelder*, Pres. Rb. Haarlem, 27 april 1981, NJ 1981, 452. Anders was besloten in *Skol*, Pres. Rb. Breda, 6 maart 1980, NJ 1981, 260 (noot Maeijer).

159 *AMRO*, Hof Amsterdam (OK) 21 december 1984, NJ 1987, 992 (noot Maeijer).

160 *PTT Post BV*, Hof Amsterdam (OK) 11 januari 1990, SR 1990, blz. 92-93 (commentaar Dorresteyn).

161 *Amstelland*, Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37.

162 *Coveco*, Pres. Rb. Almelo 28 juli 1995, JAR 1995, 195; ROR 1995, 23; SR 1995, blz. 314-315 (commentaar Zeijlstra).

lang was omdat sluiting van (onder andere) deze dochtervennootschap de algemene financiële situatie bij Coveco verbetert.

De zaak *Philips Data Systems* had betrekking op een besluit dat slechts een gedeeltelijke beëindiging van de werkzaamheden betreft. Een dergelijke aangelegenheid is niet van gemeenschappelijk belang. Het betrof een afslanking van de werkzaamheden van één van de tot de groep behorende divisies. Deze afslanking heeft gevolgen voor het merendeel van de bij deze divisie werkzame werknemers. Het besluit wordt desondanks niet als een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang gezien, zodat aan de groepsondernemingsraad geen advies gevraagd hoeft te worden. Dit is niet anders, wanneer strategische overwegingen de basis voor het besluit vormen.¹⁶³

Ook de overdracht van *HSA* door Philips blijkt geen aangelegenheid van gemeenschappelijk belang te zijn. De Ondernemingskamer geeft hiervoor als motivering, dat het besluit voornamelijk is ingegeven door omstandigheden op de markt waarin de *HSA*-divisie werkzaam is, en de concernoverwegingen voldoende zelfstandige betekenis missen en de gevolgen voor het gehele concern moeten worden beschouwd als neveneffecten van ondergeschikte aard.¹⁶⁴

Uit bovenstaande rechtspraak blijkt, dat over het algemeen het 'meerderheids criterium' wordt gehanteerd. Strekken de gevolgen van het voorgenomen besluit zich uit tot de meerderheid van de groeps- of concernondernemingen dan is de groeps- c.q. centrale ondernemingsraad bevoegd. Wanneer dat niet het geval is, wordt de lokale ondernemingsraad bevoegd geacht. De minister besteedt in zijn SER-adviesaanvraag aandacht aan het criterium 'aangelegenheden van gemeenschappelijk belang' en de bevoegdheidsafbakening tussen lokale- en centrale ondernemingsraden. Hij stelt voor dat tussen de ondernemer en lokale- en centrale ondernemingsraden afspraken worden gemaakt over de bevoegdheidsverdeling. Daarnaast zou er een wettelijke regeling moeten worden opgesteld voor het geval dat men niet tot afspraken komt. In deze 'plaatsvervangende regeling' zouden de bevoegdheidsverdeling tussen lokale- en centrale ondernemingsraden vastgelegd moeten worden. De SER was hieromtrent verdeeld.¹⁶⁵ In het kabinetsstandpunt wordt

163 Philips Data Systems, Hof Amsterdam (OK) 21 januari 1982, NJ 1983, 31 (noot Maeijer); TVVS 1983, blz. 50-51 (commentaar Rood).

164 *HSA*, Hof Amsterdam (OK) 10 mei 1990, NJ 1992, 126. Zie over deze zaak: J.J.M. de Laat/P.L.J. Bos/W. Zeijlstra, Lijn(en) in het ondernemingsrecht, SMA 1991, blz. 771-774.

165 SER-advies 1992/07, blz. 51-52.

op dit punt geen wettelijke regeling bepleit; wèl wordt overwogen dat ook de centrale ondernemingsraad over de bevoegdheid moet beschikken om afspraken te maken.¹⁶⁶

1.8 Toerekening en besluitvorming

Hierboven (par. 1.2) merkte ik al op, dat in het rechtspersonenrecht (boek 2 BW) en in de WOR een verschillend begrippenapparaat wordt gehanteerd. Om de uitoefening van medezeggenschap op grond van de WOR niet te zeer afhankelijk te laten zijn van de structuur van het rechtspersonenrecht, zijn in de rechtspraak oplossingen gezocht om beide systemen op elkaar te laten aansluiten. De belangrijkste daarvan is de zogenaamde *toerekening*. De toerekeningsconstructie houdt in, dat men onder omstandigheden een besluit van een moedermaatschappij of (groot)aandeelhouder aanmerkt als een besluit van de ondernemer (natuurlijke- of rechtspersoon die de onderneming in stand houdt, art. 1 lid 1 sub d WOR), om op deze wijze te komen tot een medezeggenschapsrecht (veelal adviesrecht) van de aan deze ondernemer verbonden ondernemingsraad. Toerekening is een aantal malen in de rechtspraak aan de orde geweest, en neemt in de literatuur over de WOR een belangrijke plaats in.¹⁶⁷

166 Kabinetsstandpunt, blz. 15-16.

167 Ik volsta daarom met verwijzing naar (vrij) recente literatuur waarin de overige vindplaatsen genoemd zijn: F.J.P. van den Ingh, Enige kanttekeningen bij Hof Amsterdam 27 juli 1989 (PUEM), WPNR 5958/5959 (1989), blz. 278-280, 297-298; R.A.A. Duk, Een door de ondernemer voorgenomen besluit, in: *Erudita Ignorantia* (Gouda Quint-Arnhem 1992), blz. 11-24 en in: *Toerekening en de WOR*, SMA 1993, blz. 395-399; W.C.L. van der Grinten, Fusievragen, NV 71 (1993), blz. 239-243; F. Koning, Interface Heuga. Van ondernemingsraad naar ondernemersraad, NV 72 (1994), blz. 155-163; L.G. Verburg, Toerekening van besluitvorming in het medezeggenschapsrecht, in: *Financiering en aansprakelijkheid* (Tjeenk Willink-Zwolle 1994), blz. 51-61; J.M.M. Maeijer, De benadering van het concern in het medezeggenschapsrecht, in: *Sociaal recht: de grenzen verkend* (Tjeenk Willink-Zwolle 1994) blz. 331-339; S.M. Bartman/A.F.M. Dorresteyn, Van het concern (tweede druk, Gouda Quint-Arnhem 1994), blz. 161-168; L. Timmerman, Twee opvattingen over concernrecht, TVVS 1994, blz. 179-183 (met name blz. 182-183); Asser-Maeijer 2 III, nr. 477; M.G. Rood, Over toerekenen en de WOR, TVVS 1995, blz. 261-265; L. Timmerman, Toerekening gezien vanuit het vennootschapsrecht, TVVS 1995, blz. 265-266.

De eerste uitspraak inzake toerekening deed de Ondernemingskamer in 1981.¹⁶⁸ In casu werd een besluit genomen door de raad van commissarissen. In de gegeven omstandigheden "werd het ervoor gehouden" dat het besluit mede door het bestuur werd genomen, en daarom een besluit was in de zin van artikel 25 WOR.

Toerekening kwam vervolgens aan de orde in de zaak *Howson Algraphy*¹⁶⁹ Vraagpunt was of een besluit van de moeder vennootschap tot bedrijfsfusie aan de dochter vennootschap (ondernemer in de zin van de WOR) toegerekend kon worden, zodat deze laatste adviesplichtig was ten opzichte van de aan haar verbonden ondernemingsraad. De Ondernemingskamer overwoog hierover, dat in een moeder-dochterverhouding de moeder vennootschap aan de dochter vennootschap richtlijnen en aanwijzingen kan geven, waaraan de dochter vennootschap zich door haar afhankelijkheid van de moedermaatschappij moeilijk kan onttrekken. Dit laat echter onverlet de eigen rechten en verplichtingen van de dochter vennootschap naar Nederlands recht.¹⁷⁰ In casu was sprake van een bedrijfsfusie, en dat is een besluit waartoe niet de aandeelhoudersvergadering van de dochter, maar (afgezien van eventuele goedkeuring door andere vennootschapsorganen) het bestuur van de dochter bevoegd is. De Ondernemingskamer neemt in zijn uitspraak de vennootschapsrechtelijke bevoegdheidsverdeling tot uitgangspunt. Aangezien het besluit tot bedrijfsfusie een besluit is dat door het bestuur (en niet door de algemene vergadering van aandeelhouders) van de dochtermaatschappij genomen dient te worden, is voor toerekening geen plaats.¹⁷¹ De Hoge Raad heeft zich over de toerekeningsvraag niet uitgesproken, daar het beroep in cassatie werd verworpen wegens onvoldoende belang.¹⁷²

168 O, Hof Amsterdam (OK) 19 februari 1981, NJ 1982, 245 (noot Maeijer).

169 *Howson Algraphy*, Hof Amsterdam (OK) 10 maart 1983, kenbaar uit HR 11 juli 1984, NJ 1985, 212 (noot Maeijer).

170 Maeijer (in zijn noot onder de uitspraak en in Asser-Maeijer 2 III, nr. 477) wijst erop, dat de benadering in deze uitspraak sterke gelijkenis vertoont met die van de Ondernemingskamer inzake de enquêtebeschikking *Hyster*, Hof Amsterdam (OK) 23 juni 1983, NJ 1984, 571 (noot Maeijer).

171 Dit uitgangspunt is in de literatuur wel de *vennootschapsrechtelijke* benadering van de toerekening genoemd: Bartman/Dorresteyn, op.cit. (noot 167), blz. 165.

172 De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep omdat het belang te gering was. A.-G. Van Soest was in zijn conclusie (sub d, nr. 3) van mening, dat voor een automatische toerekening van een besluit van een orgaan van de moedermaatschappij aan de dochtermaatschappij en/of haar organen geen grond bestaat.

In de uitspraak inzake *Shell Research*¹⁷³ oordeelde de Ondernemingskamer dat, wanneer functionarissen van de dochter tevens zitting hebben in de directie van de moeder dan wel hebben deelgenomen aan de besluitvorming bij de moeder, er reden is om te komen tot toerekening van het besluit van de moeder- aan de dochtervennootschap, voorzover het besluit deze dochtervennootschap betreft. Timmerman merkt op, dat het vanuit de systematiek van het vennootschapsrecht juist(er) was geweest om een (stilzwijgend genomen) besluit van het bevoegde orgaan zelf aan te nemen dan wel tot de schijn van een dergelijk besluit te concluderen, in plaats van het door een onbevoegde instantie genomen besluit toe te rekenen aan het wel bevoegde orgaan.¹⁷⁴

In de uitspraak inzake *PUEM*¹⁷⁵ kwam het Hof Amsterdam tot toerekening van een besluit van een grootaandeelhouder aan de vennootschap. In casu werd deze toerekening niet nader onderbouwd.¹⁷⁶

Dat gebeurde wel in de *HSA*-zaak.¹⁷⁷ Een besluit tot verkoop van aandelen HSA aan het Franse concern Thomson werd adviesplichtig geacht omdat

173 *Shell Research*, Hof Amsterdam (OK) 2 april 1987, NJ 1988, 382 (noot Maeijer). Zie over deze uitspraak ook J.B. Huizink, *De ondernemingsraad en aandelentransacties*, TVVS 1988, blz. 145-149.

174 Timmerman, loc.cit. (noot 167), blz. 266.

175 *PUEM*, Hof Amsterdam 27 juni 1989, NJ 1990, 734, vergelijk Van den Ingh in zijn commentaar op deze uitspraak in WPNR 5958/5959 (1989), blz. 278-280, 297-298.

176 Van den Ingh, loc.cit. (noot 167), blz. 297, daarin gevolgd door Maeijer, *De benadering van het concern in het medezeggenschapsrecht*, loc.cit. (noot 167), blz. 336, 338. Van den Ingh merkt in zijn commentaar op, dat indien op de overdracht een blokkeringsregeling (en dan in bijzonder een goedkeuringsregeling) van toepassing zou zijn (of dat zo is, wordt uit de uitspraak niet duidelijk), de toerekening hiermee gemotiveerd had kunnen worden; daarnaast wordt uit de uitspraak niet duidelijk of het bestuur van de *PUEM* op enige wijze betrokken is geweest. Betrokkenheid van het bestuur was in de gegeven omstandigheden zeer wel denkbaar.

Overigens wordt in de literatuur ook wel verdedigd, dat het Hof de toerekening onderbouwt door te stellen dat de vennootschappelijke besluitvorming relevant, maar niet beslissend is. Zij die het volgens hun rechtspositie in de vennootschap in hun macht hebben de in artikel 25 lid 1 bedoelde besluiten te nemen, zullen alvorens te besluiten het advies van de ondernemingsraad dienen te vragen. Een beroep wordt daarbij dus gedaan op r.o. 4.8. Vergelijk: Bartman/Dorresteyn, op.cit. (noot 167), blz. 163-165 en R.H. van het Kaar, *Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting* (Kluwer-Deventer 1993), blz. 91-93 en Rood, loc.cit. (noot 167), blz. 263.

177 *HSA*, Hof Amsterdam (OK) 10 mei 1990, NJ 1992, 126; SR 1990, blz. 228 (commentaar Sprengers).

de bestuurder van HSA aan de aandelenverkoop had medegewerkt (vergelijk de rechtsoverwegingen 3.6 en 3.7¹⁷⁸).

Toerekening was ook aan de orde in de zaak *Zandbergen*.¹⁷⁹ De activiteiten en de activa van een vereniging (Zandbergen) zijn ondergebracht in twee satellietstichtingen die geheel worden beheerst door Zandbergen. De vereniging houdt een instelling voor jeugdhulpverlening in stand; bij de vereniging is een ondernemingsraad ingesteld. De activa van de stichtingen worden allen ten dienste van de door de vereniging in stand gehouden onderneming bestemd, en de activiteiten van de stichtingen passen in de doelstelling van Zandbergen en bij de bestaande activiteiten van de onderneming. De ondernemer vraagt advies over onder andere een besluit tot statutenwijziging bij een van de satellietstichtingen. De ondernemingsraad adviseert negatief. Vervolgens stelt de ondernemer dat het desbetreffende besluit niet onder het adviesrecht van de ondernemingsraad valt. De Ondernemingskamer is van oordeel dat onder de gegeven omstandigheden voor toepassing van de WOR uitgegaan moet worden van één onderneming, en wel die waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld, zodat het besluit wel adviesplichtig was.¹⁸⁰

In de *Heuga*-zaak sprak niet alleen de Ondernemingskamer zich over de toerekeningskwestie uit, maar tevens de Hoge Raad.¹⁸¹ De casus betreft, kort samengevat, een besluit van een holding-vennootschap (Interface Heuga BV) tot afschaffing van het (overeengekomen) vrijwillig structuurregime. Binnen het concern is één ondernemingsraad ingesteld, en wel bij Heuga Nederland BV (een 100%-dochtermaatschappij). In verband met de wijzi-

178 Overweging 3.6 luidt (voorzover van belang): "(...) is in de eerste plaats van belang dat het besluit tot overdracht van de aandelen in de vennootschap HSA en daarmee van de zeggenschap over de binnen de HSA-divisie verbonden ondernemingen kennelijk in overeenstemming met het door (...) bepaalde en door (...) overgenomen beleid *mede* (cursivering van mij, JR) door de bestuurder van HSA werd voorgenomen".

179 Zandbergen, Hof Amsterdam (OK) 25 februari 1993, NJ 1994, 546; JAR 1993, 61, besproken door J.B. Huizink in S&V 1993, blz. 76-79.

180 Rood, loc.cit. (noot 167), blz. 263 constateert, dat eigenlijk geen sprake is van toerekening van besluitvorming maar van identificatie van de verschillende rechtspersonen; Huizink (loc.cit. noot 179), blz. 78 spreekt van *Piercing the veil*.

181 Heuga, Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 1992, NJ 1993, 210 (noot Maeijer); ROR 1993, 3; SR 1992, blz. 353-354 (commentaar Dorresteyn); TVVS 1993, blz. 20-21 (commentaar Rood); AA 42 (1993), blz. 658-664 (noot Raaijmakers); HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545 (noot Maeijer); JAR 1994, 32. Over deze laatste uitspraak: Maeijer in zijn bijdrage aan de De Leede bundel, loc.cit. (noot 167); C. de Groot in SMA 1994, blz. 297-304; Verburg, loc.cit. (noot 167), blz. 51-61; Koning, loc.cit. (noot 167), blz. 155-163 en Rood, loc.cit. (noot 167), met name blz. 261-262.

ging van het structuurregime is een statutenwijziging noodzakelijk. Over dit besluit weigert de directie van Heuga Nederland advies te vragen aan de ondernemingsraad. De Ondernemingskamer komt tot toerekening van het besluit tot statutenwijziging van de Interface Heuga BV aan Heuga Nederland BV met de volgende motivering (vergelijk r.o. 4.2 slot).

"(...)

Onjuist is de stelling van de ondernemer dat nu het te dezen gaat om een besluit van Interface Heuga BV¹⁸² de OR geen adviesrecht heeft omdat de onderneming waarbij de OR is ingesteld niet door deze vennootschap in stand gehouden wordt, maar door Heuga Nederland BV. Hier ziet de ondernemer er aan voorbij dat de OR de enige ondernemingsraad is (...) en dat, (...) het eigenlijk maar toevallig is dat deze OR is 'aangehangen' aan Heuga Nederland BV. Het is (...) ook deze OR die de bevoegdheden ingevolge artikel 2:268 BW kon uitoefenen. Het besluit van Interface Heuga BV dient te worden toegerekend aan de vennootschap die als ondernemer in de zin van de WOR optreedt en op wie de in artikel 25 WOR vermelde verplichtingen rusten."

De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.3.1, met verwijzing naar de statuten (waarin het goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen is vastgelegd) en in aanmerking genomen het aandeelhouderschap en de directievoering van Interface Heuga in Heuga Nederland, dat de Ondernemingskamer ervan mocht uitgaan, dat Interface Heuga ook feitelijk een bepaalde mate van, door de statuten aan voorwaarden gebonden, zeggenschap binnen de onderneming van Heuga Nederland had, en in zoverre daarvan deel uitmaakte. Geconcludeerd wordt dan ook, dat het oordeel dat herverdeling van de bevoegdheden binnen Interface Heuga doorwerkt in de onderneming van Heuga Nederland, hetgeen inhoudt dat Interface Heuga in zoverre vereenzelvigd kan worden met Heuga Nederland, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

In deze uitspraak wordt vereenzelviging gemotiveerd uit de statutaire regeling op grond waarvan bestuursbesluiten onderworpen zijn aan goedkeuring van de raad van commissarissen, de directievoering van de moedermaatschappij en de Nederlandse dochtermaatschappij en het feit dat de moeder (enig) aandeelhoudster van de dochter is.¹⁸³

182 Omwille van de duidelijkheid heb ik in dit citaat de huidige naam van de vennootschap gebruikt; voorheen was deze genaamd Heuga Holding B.V.

183 In zijn noot merkt Macijer op, dat een bijzondere omstandigheid voor toerekening ook gelegen zou kunnen zijn in een zodanig dominerende invloed van de moedermaatschappij in het beleid van de dochter, dat deze laatste feitelijk volledig economisch afhankelijk is en een eigen verantwoordelijkheid van het bestuur van de dochter in feite niet meer bestaat, zie sub 3, slot.

Naar aanleiding van de uitspraken inzake *PUEM* en *Heuga* is door Bartman/Dorresteyn¹⁸⁴ en Van der Grinten¹⁸⁵ een automatische toerekening bepleit. Duk is daarvan geen voorstander, maar acht voldoende, dat een besluit van de (meerderheids)aandeelhouder 'sec' (als degene die binnen de rechtsorde van de onderneming de relevante beslissingsbevoegdheid toekomt) een direct, onmiddellijk op de onderneming inwerkend effect heeft.¹⁸⁶ Maeijer bestrijdt deze gezichtspunten, en bepleit een benadering waarin vennootschapsrechtelijke bevoegdhedenverdeling relevant doch onder omstandigheden niet beslissend is; gesproken zou eventueel kunnen worden van een ondernemingsrechtelijke benadering.¹⁸⁷

Op grond van de bovenstaande rechtspraak en literatuur zou ik menen dat men, indien een besluit, dat op zichzelf een aan medezeggenschapsrecht van de ondernemingsraad onderworpen aangelegenheid betreft, niet wordt genomen door de ondernemer in de zin van de WOR maar door een (groot)-aandeelhouder of moedermaatschappij, veelal tot medezeggenschapsrecht van de ondernemingsraad zal kunnen komen. Deze medezeggenschap zal allereerst kunnen ontstaan doordat het desbetreffende besluit toegerekend kan worden aan de ondernemer. Deze toerekening kan er in bestaan dat het bestuur van de ondernemer zijn medewerking verleent aan het besluit van een (groot)aandeelhouder of moedermaatschappij. In concernverhoudingen is het denkbaar dat de feitelijke constellatie zo is, dat men de toerekening niet kan motiveren met een besluit tot medewerking van (het bestuur) van de dochter, maar dat er sprake is van een vereenzelviging van moeder- en dochterven-

184 Bartman/Dorresteyn, op.cit. (noot 167), blz. 161-165 alwaar zij de 'concernrechtelijke benadering' ontwikkelen; deze benadering houdt in, dat indien een besluit wordt genomen door degene die zeggenschap kan uitoefenen, dat de onderneming van de dochter betreft, een adviesplicht op grond van de WOR bestaat. Maeijer merkt op, dat deze concernrechtelijke benadering feitelijk zal leiden tot een automatische toerekening, zie zijn noot onder de uitspraak van de Hoge Raad inzake *Heuga*, en loc.cit. (noot 167), blz. 336.

185 Van der Grinten verdedigt (Handboek nr. 403 en Fusievragen, loc.cit. noot 167, blz. 241) dat overdracht van de aandelen van een dochtermaatschappij door een moedermaatschappij steeds een adviesplichtig besluit is, omdat door de moeder een onderdeel van haar onderneming wordt overgedragen en de duurzame samenwerking van de dochtermaatschappij met de groep wordt verbroken. Deze visie is door Maeijer bekritiseerd, vergelijk loc.cit. (noot 167), blz. 336-337.

186 Duk, loc.cit. (noot 167), blz. 397, bekritiseerd door Maeijer, loc.cit. (noot 167), blz. 336, en Asser-Maeijer 2 III, nr. 477.

187 Zie zijn noot onder *Heuga* (NJ 1994, 545), sub 3 slot. Van Schilfgaarde sluit zich bij deze benadering aan: Zie de BV en de NV, nr. 80.

nootschap waardoor men in de gegeven omstandigheden de moedermaatschappij mede aanmerkt als ondernemer in de zin van de WOR, en op deze wijze tot medezeggenschap van de ondernemingsraad komt.

1.9 Toezeggingen, afspraken en convenanten

1.9.1 Algemeen

De medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad kunnen verruimd zijn indien door de ondernemer een toezegging is gedaan omtrent uit te oefenen medezeggenschapsrechten, of in het geval dat er een afspraak of convenant bestaat, waarin medezeggenschapsrechten zijn uitgebreid.

1.9.2 Toezegging

Regelmatig worden door de ondernemer toezeggingen gedaan aan de ondernemingsraad.¹⁸⁸ Een toezegging is te omschrijven als een mondelinge of schriftelijke jegens een concrete wederpartij gerichte mededeling die dermate bepaald is, dat daaruit kan worden afgeleid op welke wijze het bestuur of de ondernemer zal handelen.¹⁸⁹ Toezeggingen kunnen, zo blijkt uit de hierna te bespreken rechtspraak, verschillende aangelegenheden tot onderwerp hebben; zij kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op de wijze waarop in de toekomst medezeggenschapsrechten uitgeoefend worden, maar ook op de zelfstandigheid van of werkgelegenheid in de onderneming.

In de rechtspraak wordt belang gehecht aan vertrouwen dat gerechtvaardigd is opgewekt door toezeggingen van de ondernemer. De eerste zaak waarin de rechter zich uitsprak over een gedane toezegging is de *Enka-zaak*.¹⁹⁰ De casus is als volgt; het Enka-concern verkeert in financiële moeilijkheden, zodat de gedeeltelijke sluiting van een vestiging wordt overwogen. De centrale ondernemingsraad brengt over de reorganisatieplannen advies uit, en gaat met sluiting accoord indien door Enka aan een aantal voorwaarden wordt voldaan (voortbestaan van een bepaalde afdeling en garantie van vervangende werkgelegenheid). Door de ondernemer vindt een

188 Zie over de toezegging in breder kader: J.M.M. Menu, *De toezegging in het privaatrecht: een interne rechtsvergelijkende analyse met de toezegging in het bestuursrecht* (Kluwer-Deventer 1994).

189 Van Leeuwen, op.cit. (noot 71), blz. 151.

190 Enka, HR 7 juli 1982, NJ 1983, 35 (noot Maeijer).

toezegging plaats inzake de hier genoemde voorwaarden. De Hoge Raad oordeelt over deze toezegging als volgt:

"(...)

De Ondernemingskamer heeft voormelde toezegging terecht zwaar laten wegen bij de beantwoording van de vraag of Enka bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot haar bestreden besluit (...) had kunnen komen. Daarbij heeft de Ondernemingskamer het gewicht van de toezegging aangegeven met het oordeel dat slechts omstandigheden van ernstige aard ertoe kunnen leiden dat Enka naar redelijkheid en billijkheid niet geacht kon worden zich te gedragen naar de door haar (...) gewekte verwachtingen.
(...)"

De Ondernemingskamer heeft in casu echter verzuimd te onderzoeken of Enka de - mede door haar toezegging bepaalde - belangen van het personeel tegen de andere betrokken belangen, waaronder met name het belang van de continuïteit van de onderneming als geheel, heeft afgewogen.

Ook inzake de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake *Paktank* was een toezegging aan de orde.¹⁹¹ De Ondernemingskamer laat zich in deze zaak door de Enka-uitspraak leiden en overweegt, dat onderzocht moet worden of Paktank bij de mede door haar toezegging bepaalde belangenafweging in redelijkheid heeft kunnen komen tot het bestreden besluit.

In de *Amfas*-beschikking was op grond van een hieromtrent gedane toezegging de lokale ondernemingsraad bevoegd een advies uit te brengen in plaats van de centrale ondernemingsraad.¹⁹²

In de zaak *Streekziekenhuis Dongemond* heeft de ondernemer in strijd met gedane toezeggingen (dat geen gedwongen ontslagen zullen vallen als gevolg van fusie) gehandeld.¹⁹³

In een andere uitspraak van de Ondernemingskamer inzake *Amfas* werd uitgemaakt, dat indien de ondernemer expliciet in de adviesprocedure terugkomt op een toezegging, de ondernemingsraad zich tijdig in zijn advies op de toezegging dient te beroepen.¹⁹⁴ Aangezien de ondernemingsraad zich pas in de beroepsprocedure op de toezegging beroept, is de ondernemer niet aan de toezegging gehouden.

In het geval *Hydro Agri* was sprake van een reorganisatie waarin de ondernemer het besluit nam om de kantinedienst uit te besteden. Dit besluit

191 Paktank, Hof Amsterdam (OK) 24 mei 1984, NJ 1985, 502 (noot Maeijer).

192 Amfas, Hof Amsterdam (OK) 30 augustus 1984, NJ 1985, 475 (noot Maeijer).

193 Streekziekenhuis Dongemond, Hof Amsterdam (OK) 14 november 1985, NJ 1986, 555 (noot Maeijer).

194 Amfas, Hof Amsterdam (OK) 21 februari 1985, NJ 1987, 993 (noot Maeijer).

was uitsluitend adviesplichtig op grond van de hieromtrent door de ondernemer gedane toezegging.¹⁹⁵

Ook in de uitspraak inzake *Droste* speelt een toezegging van de ondernemer een rol. Door de ondernemer zijn toezeggingen gedaan omtrent de zelfstandigheid en continuïteit van de onderneming. De ondernemer schendt naar het oordeel van de ondernemingsraad deze toezegging. Het beroep van de ondernemingsraad wordt afgewezen, daar de ondernemingsraad niet reeds in zijn advies maar pas tijdens de beroepsprocedure op het bestaan van de toezegging wijst.¹⁹⁶

In zijn beschikking inzake *Verkade* oordeelde de Ondernemingskamer dat het feit dat de ondernemer niet heeft gereageerd op een door de ondernemingsraad in een advies gegeven standpunt dat hij er van uitgaat dat sluiting niet aan de orde was, geen toezegging van de ondernemer opleverde.¹⁹⁷

Inzake *Coberco*¹⁹⁸ was in 1991 een toezegging gedaan dat een vestiging behoudens onvoorziene omstandigheden niet zou sluiten voor 1 januari 1995. Deze afspraak is in 1993 door de ondernemer bevestigd. De ondernemer wenst medio 1993 de vestiging te sluiten op grond van een onvoorziene omstandigheid. De Ondernemingskamer wijst op de bevestiging van de toezegging in januari 1993, en oordeelt dat de ondernemer had moeten aangegeven welke onvoorziene omstandigheid zich tussen dit moment en de adviesaanvraag inzake sluiting heeft voorgedaan. De Ondernemingskamer verplicht de ondernemer het besluit in te trekken en verbiedt verdere uitvoeringshandelingen.

Ook in de uitspraak *Delta Lloyd* werd de ondernemer aan een toezegging gehouden.¹⁹⁹ Ook hier was sprake van herhaling van een toezegging door de ondernemer dat geen sluiting van een vestiging plaats zou vinden. Er is geen sprake van een zodanige wijziging in de omstandigheden dat de ondernemer niet aan zijn toezegging gebonden is.

195 Hydro Agri, Hof Amsterdam (OK) 21 november 1991, ROR 1992, 6.

196 Droste, Hof Amsterdam (OK) 30 januari 1992, ROR 1992, 15.

197 Koninklijke Verkade, Hof Amsterdam (OK) 30 september 1993, SR 1994, blz. 17 (commentaar Zeijlstra).

198 Coberco, Hof Amsterdam (OK) 6 oktober 1994, NJ 1995, 457; JAR 1994, 232; SR 1994, blz. 366-367 (commentaar Zeijlstra); TVVS 1994, blz. 332-333 (commentaar Rood). Zie over deze uitspraak ook: L. Sprengers/W. Zeijlstra, De ondernemer, besluitvorming en de WOR, ArbeidsRecht 1995/2, blz. 16-18.

199 Delta Lloyd, Hof Amsterdam (OK) 16 juni 1994, NJ 1995, 441; JAR 1994, 151; SR 1994, 218-219 (commentaar Sprengers).

Geconcludeerd kan worden, dat door de rechter aan toezeggingen een groot belang gehecht wordt. Een ondernemer is in principe aan eerder gedane toezeggingen gebonden. Indien een ondernemer door een ondernemingsraad aan een toezegging wordt gehouden, beroept de ondernemer zich regelmatig op 'onvoorziene omstandigheden'. Hoe langer geleden de toezegging is gegeven, des te eerder de omstandigheden 'onvoorzien' zullen zijn; een ondernemingsraad doet er derhalve verstandig aan een eerder gedane toezegging door de ondernemer te laten herhalen of bevestigen zoals was geschied inzake *Coberco* en *Delta Lloyd*. Wanneer een toezegging door de ondernemer is gedaan, moet de ondernemingsraad zich wel tijdig in de adviesprocedure op deze toezegging beroepen (*Amfas*).

1.9.3 Afspraken en convenanten

Uit empirisch onderzoek blijkt, dat er afspraken worden gemaakt en overeenkomsten worden gesloten tussen ondernemingsraad en ondernemer over, ruim geformuleerd, de in de WOR neergelegde bevoegdheden van de ondernemingsraad.²⁰⁰ Men kan globaal drie verschijningsvormen onderscheiden.

1. Afspraken die een uitwerking vormen van onderwerpen uit de WOR

Voor deze afspraken is een wettelijke basis in de WOR aan te wijzen. Onderscheiden kan nog worden naar aangelegenheden waarover afspraken gemaakt *moeten* worden en aangelegenheden waarover afspraken gemaakt *kunnen* worden. Zo biedt artikel 23a lid 2 WOR de mogelijkheid om een regeling te treffen omtrent het voorzitterschap van de overlegvergadering; deze bepaling schrijft het maken van een afspraak niet dwingend voor. Een wél dwingendrechtelijke bepaling vormt artikel 23a lid 5 WOR.

200 Onderzoek naar afspraken tussen ondernemingsraad en bestuurder (Adviesburo ATIM [Advies Training en Informatie rond Medezeggenschap]-Utrecht 1986); J.C. Looise/F.G.M. de Lange, Ondernemingsraden, bestuurders en besluitvorming (ITS-Nijmegen 1987), blz. 79-80. Uit dit laatste onderzoek blijkt, dat de afspraken meestal betrekking hebben op procedurele aspecten. P.F. van der Heijden/A.C.B.W. Doup, Medezeggenschap per convenant (SDU-'s-Gravenhage 1991); M.G. Rood, Over afspraken onderneming-ondernemingsraad, TVVS 1991, blz. 221-225. Vergelijk tevens het onderzoek van P.F. van der Heijden/J. van der Hulst, De ondernemingsovereenkomst (Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij-'s-Gravenhage 1995).

Deze afspraken worden veelal vastgelegd in de notulen bij de overlegvergadering, of als aanhangsel bij het reglement van de ondernemingsraad²⁰¹; zij hebben geen financieel-economische besluiten tot onderwerp.

2. Besluit tot uitbreiding van bevoegdheden (art. 32 WOR)

De WOR biedt in artikel 32 lid 2 een basis voor uitbreiding van de bevoegdheden van ondernemingsraad.²⁰² Deze bepaling houdt in, dat de ondernemer bij schriftelijk besluit aan de ondernemingsraad verdere bevoegdheden kan toekennen, dan de in de WOR genoemde.²⁰³ Voor een dergelijk besluit is instemming van de ondernemingsraad nodig. De bedrijfscommissie wordt (schriftelijk) op de hoogte gesteld. Dit is echter geen vereiste voor geldigheid van het besluit.²⁰⁴ Wanneer de ondernemer en ondernemingsraad de bevoegdheden van de ondernemingsraad willen uitbreiden op grond van artikel 32 WOR, zullen zij dit doen in de vorm van een besluit. Uit de wettekst blijkt namelijk, dat het hier gaat om een eenzijdig ondernemersbesluit, een eenzijdige rechtshandeling dus. Besluiten genomen op grond van artikel 32 WOR worden, evenals de hierboven genoemde afspraken die een uitwerking vormen van onderwerpen in de WOR veelal vastgelegd in de notulen bij de overlegvergadering, of in een bijlage bij een reglement.²⁰⁵ In de zaak *EBS*²⁰⁶ werd een instemmingsrecht van de ondernemingsraad erkend op grond van een uitdrukkelijke afspraak.

Bij het ingenieursbureau *Grabowsky* (in de bedrijfstak bestaat geen CAO) werd een convenant tussen ondernemer en ondernemingsraad gesloten waarin werd vastgelegd, dat de ondernemingsraad jaarlijks met de directie overleg zal voeren over primaire- en secundaire arbeidsvoorwaarden. De bonden

201 Onderzoeksrapport ATIM, op.cit. (noot 200), blz. 25.

202 In de WOR 1979 was deze bevoegdheid opgenomen in art. 32a WOR.

203 In de uitspraak *Shell Chemie, Ktg. Zevenbergen* 19 januari 1994, JAR 1994, 64; ROR 1994, 21; SR 1994, 132 (met commentaar Zeijlstra), besliste de kantonrechter dat er geen sprake was van uitbreiding van bevoegdheden op grond van artikel 32 WOR, daar de ondernemer zich, naar het oordeel van de kantonrechter, niet realiseerde dat hij de ondernemingsraad in een notitie rechten toekende die deze voorheen niet had.

204 Zo werd (terzijde) door de Ondernemingskamer bevestigd in *VCVGZ, Hof Amsterdam* (OK) 21 januari 1993, ROR 1993, 17; SR 1993, blz. 70-71 (commentaar Dorresteyn).

205 Onderzoeksrapport ATIM, op.cit. (noot 200), blz. 25.

206 *EBS*, Rb. Rotterdam 4 november 1994, JAR 1994, 248; ROR 1995, 11; SR 1995, blz. 21-22 (commentaar Van het Kaar).

verzetten zich tegen deze bevoegdhedentoekenning aan de ondernemingsraad; hun vordering wordt in kort geding afgewezen.²⁰⁷

Artikel 32 lid 2 is niet van toepassing op centrale- en groepsondernemingsraden, aangezien de bepaling in artikel 35 WOR niet is opgenomen als zijnde van overeenkomstige toepassing. Dit is een knelpunt, daar juist betrekkelijk vaak behoefte bestaat om bevoegdheden van een groepsondernemingsraad of centrale ondernemingsraad uit te breiden, of de bevoegdheden tussen locale- en centrale ondernemingsraden af te bakenen.²⁰⁸ Het kabinet is voornemens de WOR op dit punt te wijzigen.²⁰⁹ Besluiten op grond van artikel 32 WOR kunnen betrekking hebben op door de ondernemer te nemen financieel-economische besluiten.

Bovengenoemde categorieën afspraken en besluiten zijn op de WOR geënt, zodat de rechtsgeldigheid geen problemen oplevert. Naleving van deze afspraken c.q. besluiten kan via artikel 36 WOR verzocht worden bij de kantonrechter.

3. Medezeggenschapsconvenanten

Naast de hierboven genoemde gevallen blijken ook afspraken voor te komen, die een nadere uitleg of omschrijving dan wel uitbreiding beogen van de bevoegdheidsbepalingen uit de WOR; deze afspraken worden wel nadere afspraken genoemd.²¹⁰ Van der Heijden spreekt van medezeggenschapsconvenanten, en geeft de volgende definitie:

"een schriftelijke en ondertekende afspraak in de vorm van een contract/overeenkomst tussen enerzijds de ondernemer en anderzijds de ondernemingsraad, waarin partijen hun rechtsbetrekking nader inhoud geven door vastlegging van rechten en verplichtingen ten aanzien van één of meer bepaalde onderwerpen."²¹¹

207 Grabowsky, Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 mei 1992, NJ 1993, 342: het in het Europees Sociaal Handvest en ILO-Verdrag gewaarborgde recht van werknemers om zich te organiseren en op collectief onderhandelen, verplicht de werkgever niet tot onderhandeling met de vakorganisaties.

208 In de SER-adviesaanvraag komt dit aspect als zodanig niet aan de orde. Wél stelt een deel van de SER voor om de WOR artikel 32 in artikel 35 WOR van overeenkomstige toepassing te verklaren. Zie SER-advies 1992/07, blz. 50.

209 Kabinetstandpunt, blz. 16.

210 J.A. van Gijzen, Het juridisch kader in geval van het maken van nadere afspraken met de ondernemingsraad, TVVS 1983, blz. 321.

211 Van der Heijden/Doup, op.cit. (noot 200), blz. 20. Een soortgelijke omschrijving gaf P.F. van der Heijden, Het medezeggenschapsconvenant, in: Ondernemingsrechtelijke contracten (Kluwer-Deventer 1991), blz. 96. M.G. Rood, Over afspraken ondernemer-ondernemingsraad, TVVS 1991, blz. 221 spreekt bij deze tweezijdige rechtshandelingen

In de literatuur is veel aandacht besteed aan rechtskarakter, rechtsgeldigheid en de afdwingbaarheid van deze medezeggenschapsconvenanten.²¹²

Een eerste moeilijkheid vormt de vraag of convenanten op grond van de WOR als overeenkomsten te beschouwen zijn. De literatuur is daarover verdeeld.²¹³ Uit het onderzoek van Van der Heijden en Doup is wel duidelijk, dat het de intentie van partijen is om een overeenkomst tot stand te brengen. Dat blijkt met name uit de vormgeving; zo bevat een zeer groot gedeelte van de onderzochte convenanten een considerans.²¹⁴ In enkele gevallen blijkt in deze considerans de wens om een overeenkomst tot stand te brengen expliciet vastgelegd te zijn.

Van belang is vervolgens of de ondernemingsraad als contractspartij kan optreden. Veelal wordt aangenomen dat de WOR voor een algemene contractsbevoegdheid geen basis biedt.²¹⁵ Daarnaast is de ondernemingsraad als zodanig noch natuurlijke- noch rechtspersoon, en dus niet gerechtigd om verbintenissen aan te gaan.²¹⁶ Van der Heijden en Doup voeren de volgende oplossing aan: de ondernemingsraad kan beschouwd worden als een collectief van individuele personen; alle leden van de ondernemingsraad kunnen tot het medezeggenschapsconvenant toetreden en zijn hierdoor persoonlijk aan de inhoud gebonden.²¹⁷ Ook de looptijd van de overeenkomst vormt een probleem. Aangenomen wordt dat deze even lang is als de zittingsperio-

van 'afspraken'.

212 Zie Van der Heijden/Doup, op.cit. (noot 200), die in hoofdstuk 4 van hun onderzoek het rechtstheoretische kader van medezeggenschapsconvenanten behandelen, en daarbij een overzicht geven van de tot dusverre gepubliceerde literatuur.

213 Van der Heijden/Doup, op.cit. (noot 200), blz. 59-63.

214 25 van de 28 onderzochte medezeggenschapsconvenanten, Van der Heijden/Doup, op.cit. (noot 200), blz. 54, 77-79.

215 Zie paragraaf 4.2 uit het onderzoek van Van der Heijden/Doup. Anders: Van Gijzen, loc.cit. (noot 210), blz. 321 en in: Afspraken tussen OR en ondernemer: een tussenbericht?, TVVS 1988, blz. 201 evenals Koning in zijn proefschrift (F. Koning, Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht [Kluwer-Deventer 1987]), blz. 73-75.

216 Van der Heijden/Doup, op.cit. (noot 200), blz. 85.

217 Van der Heijden/Doup, op.cit. (noot 200), blz. 85. Sprengers acht deze oplossing nodeloos ingewikkeld en wijst op artikel 7 WOR, waarin is bepaald dat de voorzitter van de ondernemingsraad als vertegenwoordiger in rechte optreedt. Het ligt voor de hand deze voorzitter als de natuurlijke persoon te beschouwen die als vertegenwoordiger van de ondernemingsraad kan optreden. Zie zijn bespreking van het onderzoek van Van der Heijden en Doup in SR 1992, blz. 29.

de van de ondernemingsraad.²¹⁸ In convenanten komt men regelmatig de bepaling tegen, dat de overeenkomst is aangegaan voor onbepaalde tijd; daarbij kan bepaald zijn dat het convenant slechts gewijzigd of beëindigd kan worden bij nadere overeenkomst tussen partijen.²¹⁹

Een andere moeilijkheid vormt de naleving van convenanten, daar zij geen wettelijke basis hebben, zodat het afdwingen van naleving niet vanzelfsprekend is.²²⁰ Kunnen partijen nakoming van een medezeggenschapsconvenant afdwingen bij de rechter? Over deze kwestie is veel gepubliceerd.²²¹ De minister suggereerde in 1989 in zijn adviesaanvraag aan de SER om dit probleem op te lossen door in de WOR een algemene bevoegdheid op te nemen om overeenkomsten te sluiten over de toepassing van de bepalingen uit de WOR.²²² Ondanks het feit dat de SER tot de conclusie kwam, dat het de voorkeur verdient geen algemene voorziening inzake afspraken in de WOR op te nemen,²²³ is het kabinet een andere visie toegedaan. Het kabi-

218 Vergelijk Van der Heijden/Doup, op.cit. (noot 200), paragraaf 4.6. Anders W.J. Slagter (naar aanleiding van de bijdrage van Van der Heijden aan het congres 'ondernemingsrechtelijke contracten') TVVS 1991, blz. 309 en C.A. Boukema op een studiemiddag waarop het onderzoeksrapport van Van der Heijden en Doup werd gepresenteerd. Ik verwijs voor deze visie naar de bespreking van deze middag door H. van der Meij-Netel in SR 1991, blz. 368.

219 Deze formulering kwam ik tegen in enkele door mij bestudeerde convenanten (vergelijk hoofdstuk 9).

220 Al voor de uitspraak van de Hoge Raad inzake Smit Vlootbeheer (NJ 1993, 366 [noot Maeijer]) werd in de rechtspraak rekening gehouden met afspraken tussen ondernemer en ondernemingsraad, bijvoorbeeld: Douwe Egberts, Hof Amsterdam (OK) 16 februari 1989, NJ 1990, 693 (noot Maeijer); ROR 1989, 7; TVVS 1989, blz. 104-106 (commentaar Rood); afspraken en convenanten kwamen ook in de volgende zaken aan de orde: Stichting A, Hof Amsterdam (OK) 14 januari 1982, NJ 1983, 28 (noot Maeijer), Sint Radboudziekenhuis, Hof Amsterdam (OK) 1 november 1984, ROR 1971-1984, 97; AVRO, Pres. Rb. Arnhem 19 maart 1984, KG 1984, 112; Organon, Hof Amsterdam (OK) 29 juni 1989, ROR 1989, 11; Ziekenhuis De Heel, Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1990, NJ 1992, 101; SR 1990, blz. 256-257 (commentaar Dorresteyn); Stichting Steunfunctie Kunstzinnige vorming Zuid Holland, Ktg. 's-Gravenhage 30 september 1992, SR 1993, blz. 124-125 (commentaar Sprengers).

221 Ik laat de literatuur hier onbesproken en verwijs naar Van der Heijden loc.cit. (noot 211), paragraaf 3.3 en Van der Heijden/Doup, op.cit. (noot 200), hoofdstuk 4.

222 SER-adviesaanvraag, Bijlage, blz. 1-2.

223 SER-advies 1992/07, blz. 14. De SER voert hiervoor een aantal argumenten aan (blz. 12-14) waarvan ik er hier een aantal noem: allereerst houdt de Ondernemingskamer blijkens zijn rechtspraak rekening met toezeggingen en afspraken tussen ondernemer en ondernemingsraad; het ontwerpen van een wettelijke regeling zou problemen opleveren rond de eventuele tijdlimiet van de afspraken, en daarnaast zou aangegeven

net is van mening dat het functioneren van de medezeggenschap is gediend met een duidelijke wettelijke regeling over afspraken tussen ondernemingsraad en ondernemer, onder handhaving van het primaat van de collectieve arbeidsovereenkomst.²²⁴ Expliciet wordt door het kabinet overwogen, dat afspraken in principe aanvullend zijn op de wetgeving zodat afwijkingen van de wettelijke basisvoorzieningen "naar beneden" niet mogelijk zijn.²²⁵ Bovendien zal deze voorziening over het maken van afspraken op centrale ondernemingsraden toepasbaar worden.²²⁶

De onzekerheid omtrent de naleving van medezeggenschapsconvenanten is momenteel reeds grotendeels weggenomen door de uitspraak van de Hoge Raad inzake *Smit Vlootbeheer*.²²⁷ De casus was als volgt. Tussen Smit en de ondernemingsraad bestaat al meer dan tien jaar de afspraak, dat voorgenomen besluiten tot aan- of verkoop van schepen adviesplichtig zijn. Deze afspraak is in de notulen van een overlegvergadering vastgelegd. Smit besluit tot verkoop van het schip de 'Smit Barracuda', met welke verkoop een relatief klein bedrag gemoeid was, en vraagt daarover geen advies aan de ondernemingsraad. De ondernemingsraad gaat tegen dit besluit van Smit in beroep bij de Ondernemingskamer, waar hij niet-ontvankelijk wordt verklaard. De Ondernemingskamer motiveert zijn uitspraak als volgt. Allereerst komt de ondernemingsraad geen beroepsrecht ex artikel 26 WOR toe in gevallen waar tussen ondernemingsraad en ondernemer weliswaar een afspraak (of convenant) bestaat dat advies gevraagd zal worden, maar het besluit in kwestie niet gebracht kan worden onder de opsomming van artikel 25 lid 1 WOR. Het beroepsrecht (art. 26 WOR) is beperkt tot de in de wet genoemde besluiten (vergelijk r.o. 4.2). Vervolgens is de Ondernemingskamer van oordeel dat wanneer een afspraak tussen ondernemingsraad en ondernemer is gemaakt over de concretisering van het begrip 'belangrijk' uit artikel 25 lid 1 WOR, een beroep bij de Ondernemingskamer desondanks niet openstaat in gevallen waarvan in redelijkheid niet valt vol te houden, dat zij als

moeten worden welke afwijkingen van de wettelijke regeling toegelaten zijn, en welke niet.

224 Kabinetstandpunt, blz. 2.

225 Kabinetstandpunt, blz. 14.

226 Kabinetstandpunt, blz. 16.

227 *Smit Vlootbeheer*, HR 17 maart 1993, NJ 1993, 366 (noot Maeijer); SR 1993, blz. 119-121 (commentaar Dorrestein); TVVS 1993, blz. 160-162 (commentaar Slagter); ROR 1993, 16; S.A. Tan, *Convenanten met de ondernemingsraad na het Barracuda-arrest*, Bb 1993, blz. 155-157. De uitspraak vormt een hoger beroep van de uitspraak van de Ondernemingskamer dd. 27 februari 1992, NJ 1992, 367.

‘belangrijk’ te kwalificeren zijn (r.o. 4.3 en 4.4). Dit laatste was volgens de Ondernemingskamer het geval. De Hoge Raad casseert deze uitspraak en motiveert: (r.o. 3)

"In het stelsel van de Wet op de ondernemingsraden (hierna: de wet), in welke wet bepalingen zijn opgenomen ingevolge welke de in de wet geboden mogelijkheid van beroep op de rechter ook openstaat in geval van (art. 5a) een op vrijwillige basis werkzame ondernemingsraad, alsmede in geval van (art. 32) toekenning aan de ondernemingsraad bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij schriftelijk besluit van de ondernemer van verdere bevoegdheden dan de in de wet genoemd - waaronder begrepen adviesrechten; te dien aanzien geeft lid 3 van laatstgenoemd artikel een afzonderlijke regeling - past het om voor de toepassing van art. 26 mede te begrijpen onder besluiten van de ondernemer als bedoeld in 25 lid 5 van de wet, de door de ondernemer voorgenomen besluiten waaromtrent tussen hem en de ondernemingsraad overeenstemming bestaat dat de ondernemingsraad in de gelegenheid dient te worden gesteld daarover advies uit te brengen.

(...)"

Het belangrijkste gevolg van deze uitspraak is, dat het niet langer nodig is een arbitrageregeling op te nemen in convenanten c.q. afspraken waarin de adviesbevoegdheden van een ondernemingsraad worden uitgebreid.²²⁸ De beroepsprocedure staat ook open wanneer de ondernemer in strijd met de gemaakte afspraak, geen advies inwint.²²⁹ Buiten kijf staat eveneens, dat ook bij uitbreiding van het adviesrecht door een eenzijdig ondernemersbesluit ex artikel 32 lid 2 WOR, naast de geschillenregeling (art. 36 lid 2 WOR) de weg van artikel 26 WOR openstaat.²³⁰ Een dergelijk ondernemersbesluit behoeft toestemming van de ondernemingsraad, zodat er ‘overeenstemming’ bestaat als bedoeld door de Hoge Raad. Maeijer merkt dan ook op, dat het de rechtszekerheid niet ten goede komt, dat de ‘overeenstemming’ niet op enigerlei wijze schriftelijk vastgelegd moet zijn.²³¹ Duidelijk is, dat het belang van deze uitspraak voor de afdwingbaarheid van convenanten zeer groot is. Sinds het arrest *Smit Vlootbeheer* levert de status

228 Wel moet een arbitrageregeling getroffen worden in gevallen dat een ander dan de ondernemer (bijvoorbeeld de concernholding) partij is bij het covenant, zie Maeijer in zijn noot sub 3, en in Asser-Maeijer 2 III, nr. 474.

229 De uitspraak *Smit Vlootbeheer* heeft betrekking op de artikelen 25 en 26 WOR; de lijn van het arrest is echter door te trekken naar artikel 27 WOR (instemmingsrecht). Zie Maeijer in zijn noot (NJ 1993, 366) en Dorresteyn in OR-Informatie dd. 21 april 1993, blz. 28.

230 Maeijer trekt de lijn van de uitspraak in die zin door, dat indien het instemmingsrecht (art. 27 WOR) bij afspraak of covenant wordt uitgebreid ook de op het instemmingsrecht toegesneden procedure (art. 27 lid 4-6 WOR) kan worden gevolgd.

231 Zie zijn noot onder sub 2 (NJ 1993, 366).

en naleving van medezeggenschapsconvenanten niet veel problemen meer op. Zeker is dat niet meer het geval als na herziening van de WOR in artikel 32 WOR is vastgelegd dat de ondernemer en ondernemingsraad schriftelijk verdere bevoegdheden voor de ondernemingsraad kunnen overeenkomen, waarbij tevens vastgelegd zal worden dat naleving van deze bepalingen kan plaatsvinden op grond van artikel 36 WOR, dan wel artikel 26 (bij uitbreiding van het adviesrecht) of artikel 27 (bij uitbreiding van het instemmingsrecht) WOR.²³² In hoofdstuk 9 zal ik nagaan over welke onderwerpen in de praktijk medezeggenschapsconvenanten worden gesloten.

232 Kabinetsstandpunt, blz. 24.

INDIRECTE MEDEZEGGENSCHAP: STRUCTUURREGELING

2.1 Geschiedenis van de structuurregeling

In de zestiger jaren ontstond er enige onvrede over het functioneren van het ondernemingsrecht. Met name werd gediscussieerd over de positie van werknemers binnen de organisatie van de onderneming. Als gevolg hiervan werd door de Commissie Verdam onderzoek gedaan naar de wenselijkheid van herziening van het ondernemingsrecht. Het in 1964 uitgebrachte rapport bevatte onder andere voorstellen met betrekking tot de structuur van de naamloze vennootschap. Ook werd advies aan de Commissie Verdam gevraagd over de invloedsuitoefening van werknemers op de samenstelling van de raad van commissarissen bij grote vennootschappen.¹ De leden van de Commissie Verdam konden over dit punt geen eensluidend standpunt uitbrengen.² Een adviesaanvraag werd vervolgens gedaan aan de SER. In 1969 bracht de SER advies uit, waarin met 'een even indrukwekkende als verrassende eenstemmigheid'³ werd voorgesteld de structuur van grote vennootschappen ingrijpend te wijzigen.⁴ Schut merkt op, dat de belangrijkste vrucht van dit SER-advies is, dat de werknemer een volwaardig lid van de vennootschapsonderneming is geworden.⁵

Het merendeel van de door de SER geformuleerde adviezen werd overgenomen in het wetsontwerp voor de structuurregeling.⁶ De structuurregeling

-
- 1 Zoals hierboven in par. 1.1 al ter sprake kwam, deed de Commissie Verdam ook aanbevelingen voor wijziging van de WOR in hoofdstuk VII van haar rapport.
 - 2 Rapport Commissie Verdam, hoofdstuk VIII, structuurwijziging der naamloze vennootschap, met name blz. 98-114.
 - 3 Tweede Kamer 1969-1970, 10 751, nr. 3, blz. 6.
 - 4 SER-advies 1969/14 inzake de herziening van het ondernemingsrecht, hoofdstuk III, blz. 20-22. De totstandkoming van dit SER-advies is (beeldend) besproken door: G.H.A. Schut, Het wonder van Den Haag, in: Uit het recht (Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan P.J. Verdam) (Kluwer-Deventer 1971), blz. 307-319.
 - 5 Schut (loc.cit. noot 4), met name blz. 318-319.
 - 6 Wijziging van het Wetboek van Koophandel (Voorzieningen met betrekking tot de structuur van de naamloze en besloten vennootschap, behandeld onder kamerstuknummer 10 751. Zie over het ontwerp (met betrekking tot de medezeggenschap): P. Sanders, Medezeggenschap bij de besluitvorming in de grote ondernemingen, in: Aspecten van Arbeidsrecht (Jubileumbundel Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1971,

(ook wel: het structuurregime) is in 1971 ingevoerd.⁷ Door de SER werden sedertdien twee belangrijke adviezen uitgebracht over de samenstelling van de raad van commissarissen binnen de structuurvennootschap.⁸ In 1989 is de structuurregeling uitgebreid tot coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.⁹

Recentelijk is discussie ontstaan over de structuurregeling. Men stelt zich de vraag of de belangen van aandeelhouders niet te zeer worden beperkt, en vraagt zich bovendien af of de raad van structuurcommissarissen wel goed functioneert; de meeste auteurs zijn desondanks van mening, dat het niet wenselijk is de structuurregeling ingrijpend te wijzigen.¹⁰

Samson-Alpen aan den Rijn/Brussel 1971), blz. 225-236.

- 7 Wet van 6 mei 1971, houdende wijziging van het Wetboek van Koophandel (Voorzieningen met betrekking tot de structuur der naamloze en besloten vennootschap), Stb. 1971, 289. Zie nader: Asser-Maeijer 2 III, nrs. 364 en 365. Ook wijs ik op W.C.L. van der Grinten e.a., *De nieuwe structuur van de grote N.V. en B.V.* (Kluwer-Deventer 1973).
- 8 Interim-advies van 15 april 1983 inzake de samenstelling Raden van Commissarissen (SER-advies 1983/10) en SER-advies van 13 april 1984 betreffende de samenstelling van toezichthoudende organen van grote naamloze en besloten vennootschappen (SER-advies 1984/06). Zie over dit laatste advies: P. van Schilfgaarde, *Het SER-advies over de samenstelling van de r.v.c. bij structuurvennootschappen*, NV 62 (1984), blz. 209-212.
- 9 Stb. 1988, 305 (behandeld onder kamerstuknummer 19 775). Deze wetswijziging werd voorafgegaan door een advies van de SER: SER-advies van 19 april 1985 betreffende de samenstelling van toezichthoudende organen van rechtspersonen die een onderneming drijven (SER-advies 1985/07). Zie C. de Groot, *Invoering van de structuurregeling voor grote coöperaties en grote onderlinge waarborgmaatschappijen*, TVVS 1989, blz. 11-16.
- 10 P.C. van den Hoek, *De toekomst van de structuurregeling*, TVVS 1992, blz. 275-280; I.W. Wildenberg en F.J.M. Zwetsloot (red.), *Naar een nieuwe machtsdeling in de Nederlandse vennootschap: Over de verhouding tussen aandeelhouders, commissarissen, directieleden en werknemers in de Nederlandse vennootschap* (Kluwer-Deventer 1994), waarin bijdragen van: H.P.J. Ophof, W.J. Slagter, T.C. Braakman, J.C.M.G. Bloemarts, R.A.E. de Haze Winkelman, F. Bolkestein, A.H.G. Rinnooy Kan en P.C. van den Hoek; Th.C.M. Hendriks-Jansen, *Naar Nieuwe Machtsverhoudingen in de Nederlandse Vennootschap?*, NV 71 (1993), blz. 161; W.J. Slagter, *Naar nieuwe machtsverhoudingen in de Nederlandse vennootschap*, TVVS 1993, blz. 194-197; M. Brink, *De Structuurwet: Don't fix it, if it isn't broken*, TVVS 1993, blz. 257-260; J.R. Glasz, *De commissaris ter verantwoording*, TVVS 1993, blz. 260-263; W.C.L. van der Grinten, *De structuurvennootschap in discussie*, NJB 1994, blz. 85-89; J.R. Glasz, *De commissaris en het structuurregime*, TVVS 1994, blz. 117-120; M. Brink, *De discussie over de structuurwet anders bezien*, NV 72 (1994), blz. 240-246; P.C. van den Hoek, *Dient het structuurregime te worden aangepast aan gewijzigde omstandigheden of inzichten?* in:

2.2 Toepasselijkheid van de structuurregeling; ondernemingsbegrip

Toepasselijkheid

De structuurregeling is van toepassing op de NV en BV (artt. 2:152-164 respectievelijk 262-274 BW), coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij (artt. 2:63a-j BW).¹¹

De werking van de structuurregeling is, beknopt weergegeven, als volgt. Wanneer commerciële rechtspersonen aan een drietal (voornamelijk kwantitatieve) criteria voldoen, vallen zij onder de structuurregeling. 'Structuurrechtspersoon' worden zij pas wanneer zij drie jaar onafgebroken aan deze eisen hebben voldaan, en dit is ingeschreven in het handelsregister.¹² Een van de criteria is, dat de vennootschap of een van haar afhankelijke maatschappij krachtens wettelijke verplichting een ondernemingsraad heeft ingesteld (art. 2:153 lid 2 sub b BW).¹³

Hoewel de structuurregeling in principe uitgaat van de enkelvoudige vennootschap heeft de wetgever rekening willen houden met concernverhoudingen. Men kent als gevolg hiervan een volledige- en een gedeeltelijke vrijstel-

Knelpunten in de vennootschapswetgeving (Kluwer-Deventer 1995), blz. 35-51; H.J.M.N. Honée, Rumoer rond structuurcommissarissen, NV 73 (1995), blz. 41; A.W.A. Boot, Naar een dynamischer structuurregime, NV 73 (1995), blz. 280-284.

- 11 Hieronder zullen voornamelijk de artikelen voor de NV worden gebruikt. Indien noodzakelijk worden corresponderende artikelen uit de regelingen voor de andere rechtsvormen genoemd; zie over de structuurregeling bij de coöperatie zeer uitgebreid: M.E. Schreurs-Engelaar, Organen van de coöperatie (Kluwer-Deventer 1995), hoofdstuk 5.
- 12 Het geplaatste kapitaal en reserves bedragen minimaal f 25 miljoen (Stb. 1992, 602); bij de vennootschap of een van haar afhankelijke maatschappij (vergelijk art. 2:152 BW) is volgens wettelijke verplichting een ondernemingsraad ingesteld; bij de vennootschap en de van haar afhankelijke maatschappijen werken in de regel ten minste 100 werknemers (art. 2:153 lid 2 BW). Zie over deze vereisten nader Asser-Maeijer 2 III, nrs. 383-390.

Van den Hoek heeft in 'Knelpunten in de vennootschapswetgeving' bepleit (loc.cit. noot 10, blz. 42-43) dat het aantal in overeenstemming met de Duitse *Betriebsverfassungsgesetz 1952* van 100 opgetrokken zou moeten worden naar 500 of 1000. Ik kan mij in deze gelijkstelling niet vinden, daar de beide regelingen mijns inziens voor het overige te zeer verschillen; zie nader hoofdstuk 4.

- 13 Sprake moet zijn van een op grond van de WOR ingestelde ondernemingsraad. Vergelijk Asser-Maeijer 2 III, nr. 385 en S.J.H. Huijben, De positie van de ondernemingsraad in de nieuwe structuur, in: De nieuwe structuur van de grote N.V. en B.V (Kluwer-Deventer 1973), blz. 33-34; Uit de wetsgeschiedenis blijkt, dat de ondernemingsraad niet 'vrijwillig' ingesteld mag zijn, maar op grond van de WOR verplicht moet zijn; vergelijk Timmerman, Rechtspersonen, artikel 2:153 BW, aant. 4.

ling¹⁴ van het structuurregime. De vrijstellingen zijn van toepassing op afhankelijke maatschappijen van structuurrechtspersonen (art. 153 lid 1 sub a BW), holdingvennootschappen¹⁵ van internationale concerns (art. 153 lid 1 sub b, c BW) en joint ventures van structuurvennootschappen (art. 2:153 lid 1 sub d BW).¹⁶ De gedeeltelijke vrijstelling is van toepassing op Nederlandse structuurvennootschappen die onderdeel zijn van een internationaal concern.¹⁷ Het is mogelijk, dat commerciële rechtspersonen zich vrijwillig aan het structuurregime onderwerpen.

Onderneming en structuurregeling

Door de totstandkoming van de structuurregeling is, om met Schut te spreken, de raad van commissarissen de onderneming, de ondernemingsraad de vennootschap binnengestapt.¹⁸ Dit is geschied door de ondernemingsraad bevoegdheden te geven bij de benoeming van commissarissen, maar tevens door de formulering van de taak van de raad van commissarissen, ook buiten de structuurregeling. Op grond van (het huidige) artikel 2:140 lid 2 BW hebben commissarissen zich bij de uitoefening van hun taak te richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.¹⁹ Deze gedeeltelijke integratie tussen de vennootschap, tegenwoordig zou men

14 Ook wel: verzwakt of gematigd structuurregime.

15 Of financieringsmaatschappijen/servicemaatschappijen.

16 Het systeem van vrijstellingen blijft hier onbesproken. Ik verwijs naar Asser-Maeijer 2 III, nrs. 391-397.

17 Zie artikel 2:155 BW, Asser-Maeijer 2 III, nrs. 396 en 397. In het verlicht regime blijven bepaalde bevoegdheden bij de algemene vergadering: de bevoegdheid de jaarrekening vast te stellen, en de bevoegdheid bestuurders te benoemen en te ontslaan, artikel 2:155 lid 1 BW.

18 Schut, loc.cit. (noot 4), blz. 307. Niet is er dus voor gekozen om een nieuwe rechtsvorm tot stand te brengen; voorstellen daartoe werden (bijvoorbeeld) gedaan door J.Ph.M. van Campen, *Onderneming en rechtsvorm* (Dekker & Van de Vegt-Nijmegen/Utrecht 1945), die de onderneming omschrijft als: het zedelijk lichaam, dat als zelfstandige organisatie van een bepaald minimum aan kapitaal en een bepaald minimum aan arbeiders aan het economisch verkeer deelneemt, met het doel winst te behalen (blz. 122).

19 In de kamerstukken wordt de volgende toelichting gegeven: " (...) Daaraan hebben zij het belang der onderneming toegevoegd teneinde geen voet te geven aan de gedachte dat de commissarissen slechts het belang der aandeelhouders als groep behartigen, zonder acht te slaan op dat der werknemers. De bedoeling is juist te doen uitkomen dat de commissarissen het belang van het geheel behartigen.", zie Tweede Kamer 1969-1970, 10 751, nr. 3, blz. 12-13. Vergelijk over de taak van commissarissen: Asser-Maeijer 2 III, nr. 343.

beter kunnen spreken van rechtspersoon, en onderneming heeft de pennen indertijd flink in beweging gebracht.²⁰

Hoe moet het ondernemingsbegrip tegen deze achtergrond worden benaderd? In de literatuur komt men regelmatig de formulering tegen, dat de NV en BV rechtsvormen zijn voor een onderneming.²¹ Maeijer omschrijft de onderneming dan als organisatie waarin kapitaalverschaffers en werknemers onder leiding van een ondernemer of bestuur samenwerken tot de produktie van goederen of diensten, welke is gericht op een duurzame verwerving van inkomen ten behoeve van de samenwerkenden.²² Duidelijk is dat dit ondernemingsbegrip verschilt van het arbeidsorganisatorische begrip dat wordt gehanteerd in de Wet op de ondernemingsraden (WOR), zie paragraaf 1.2 hierboven. Over de beide ondernemingsbegrippen kom ik in hoofdstuk 4 nog te spreken in vergelijking tot de in het Duitse medezeggenschapsrecht gehanteerde begrippen *Betrieb* en *Unternehmen*.

2.3 Samenstelling van de raad van commissarissen

2.3.1 Algemeen

Essentie van de structuurregeling is dat de controle op het bestuur van de vennootschap niet langer wordt uitgeoefend door de algemene vergadering van aandeelhouders, maar door de raad van commissarissen. Achtergrond van deze wijziging in de controlestructuur is, dat men bij grote ondernemingen niet langer kan verdedigen dat de zeggenschap geconcentreerd is bij de aandeelhouders, die immers veelal anoniem zijn, terwijl tevens het aandelen-

20 Het voert te ver om de indertijd gevoerde discussies hier weer te geven. Ik verwijs daarom naast de al genoemde bijdrage van Schut (loc.cit. noot 4, alwaar op blz. 313-315 een overzicht van de toenmalige discussie) bijvoorbeeld naar: B.C. de Die, Vennootschapsrecht als ondernemingsrecht, SEW 1970, blz. 487-497; W.F. de Gaay Fortman, Hervorming en structuur van de onderneming, in: Recht doen (Geschriften van W.F. de Gaay Fortman) (Samson-Alphen aan den Rijn 1972), blz. 93-102; P. Sanders, Op weg naar ondernemingsrecht, in: Met eerbiedigende werking (Opstellen aangeboden aan L.J. Hijmans van den Berg) (Kluwer-Deventer 1971), blz. 221-232. Ook wijs ik nog op de polemiek tussen Maeijer en Van Haren naar aanleiding van de inaugurele rede van de laatste in het NJB van 1972.

21 Asser-Maeijer 2 III, nr. 16; Van Schilfgaarde, BV en NV, nr. 2.

22 Asser-Maeijer 2 III, nr. 16; deze gedachten vormen de neerslag van Maeijers uitgebreide betoog over het ondernemingsbegrip en in 'Vennootschapsrecht in beweging' (tweede druk, Samson-Alphen aan den Rijn 1973), blz. 199 e.v.

bezit sterk is verspreid.²³ Daar komt nog bij dat het merendeel van de aandeelhouders in grote vennootschappen de algemene vergadering niet bijwoont. De zeggenschap is derhalve meestal geconcentreerd bij een kleine groepering rond het bestuur (naast de bestuurders commissarissen en houders van prioriteitsaandelen). Binnen de structuurregeling komt de raad van commissarissen meer zelfstandigheid toe, gerealiseerd in onafhankelijkheid ten opzichte van aandeelhouders en bestuur en tegenover de ondernemingsraad.²⁴ Daarnaast zijn de bevoegdheden van de raad van commissarissen belangrijk uitgebreid. Vanuit medezeggenschapsperspectief is de samenstelling van de raad van commissarissen dus van essentieel belang.

2.3.2 Benoeming van commissarissen

Blijkens artikel 2:158 BW worden commissarissen benoemd volgens een systeem van gecontroleerde coöptatie:²⁵ de raad van commissarissen voorziet zelf in een vacature. Aan zowel de algemene vergadering van aandeelhouders, het bestuur als de ondernemingsraad²⁶ is een aanbevelingsrecht toegekend (art. 2:158 lid 4 BW). Daarnaast hebben de algemene vergadering en de ondernemingsraad een recht van bezwaar (art. 2:158 lid 6 BW).

Bezwaar kan worden gemaakt op een drietal in de wet (art. 2:158 lid 6 BW) genoemde gronden.²⁷ Als bezwaar wordt gemaakt, gaat de benoeming van de commissaris niet door, tenzij de Ondernemingskamer het bezwaar ongegrond verklaart (art. 2:158 lid 9 BW).²⁸ De ondernemingsraad heeft verschillende keren bezwaar gemaakt tegen de benoeming van een commis-

23 Tweede Kamer 1969-1970, 10 751, nr. 3, blz. 7.

24 Vergelijk E. Bloembergen, *De raad van commissarissen* (Samson/Het spectrum-Alphen aan den Rijn/Utrecht 1974), blz. 53.

25 Onbesproken blijft hier de gedachtenwisseling die aan de keuze van dit stelsel vooraf is gegaan. Hiervoor vergelijkte men o.a.: H.J.M.N. Honée, *De benoeming van commissarissen bij grote vennootschappen* (Kluwer-Deventer 1979), blz. 32-37.

26 Is een centrale- of groepsondernemingsraad aanwezig, dan komen de bevoegdheden aan dit orgaan toe. Zijn er meerdere ondernemingsraden, dan zijn deze gelijkelijk bevoegd: artikel 158 lid 13 BW.

27 Als bezwaargronden gelden: 1. de procedurevoorschriften inzake de benoeming van de commissaris zijn niet goed nageleefd, 2. de voorgedragen persoon zal ongeschikt zijn voor de vervulling van de taak van commissaris, 3. de raad van commissarissen zal bij benoeming conform het voorstel niet naar behoren zijn samengesteld. De bezwaargrond sub 1 werd in 1987 in de structuurregeling opgenomen, Stb. 1987, 336 (zie Asser-Maeijer 2 III, nr. 369).

28 Voor 1987 fungeerde de SER als beroepsinstantie in deze zaken, Stb. 1987, 336.

saris; in een aantal gevallen is het bezwaar gehonoreerd.²⁹ In de zaak *Lanser* werd door het Hof Den Haag geoordeeld, dat een algemene procesbevoegdheid aan de ondernemingsraad niet toekomt, zodat deze niet bevoegd werd geoordeeld om vernietiging van een benoemingsbesluit van een (structuur-)commissaris te bewerkstelligen.³⁰

In artikel 2:160 BW zijn drie categorieën personen uitgesloten van benoeming, waaronder werknemers van de vennootschap.³¹

In de literatuur wordt het bovenbeschreven systeem wel *gecontroleerde coöptatie* genoemd (ook wel: geclausuleerd veto-recht van algemene vergadering en ondernemingsraad³²).

De structuurregeling kent werknemers(organisaties) en ondernemingsraden geen directe medezeggenschap toe. Leden van een ondernemingsraad of een vakbond maken immers zelf geen deel uit van de raad van commissarissen. De ondernemingsraad heeft invloed op de samenstelling van de raad van commissarissen. Aangezien deze raad binnen de structuurregeling een aantal extra bevoegdheden is toegekend, kan men zeggen dat werknemers indirect op de uitoefening daarvan invloed kunnen hebben. De raad van commissa-

29 Bijvoorbeeld door de SER inzake *Standard Electric*, SER 16 maart 1979, NV 57 (1979), blz. 94-97 (noot Van Schilfgaarde); *Cyanamid*, SER 23 september 1983, NV 61 (1983), blz. 233-235 (noot Van Schilfgaarde); *Twentsche Kabel*, Hof Amsterdam (OK) 14 juni 1990, NJ 1992, 183 (noot Maeijer), WPNR 5972 (1990) (commentaar Van den Ingh); sterk in de belangstelling stond de benoeming van de Noor Hagen als structuurcommissaris bij Nedlloyd; het bezwaar van de centrale ondernemingsraad tegen zijn benoeming werd afgewezen: Nedlloyd, Hof Amsterdam (OK) 24 september 1992, NJ 1993, 39. Voor een overzicht van de uitspraken SER en Ondernemingskamer verwijs ik naar Asser-Maeijer 2 III, nr. 370, Van Schilfgaarde BV en NV, nr. 141 en G.J.H. Houtzagers, Niet naar behoren samengesteld, in: *Financiering en Aansprakelijkheid* (Tjeenk Willink-Zwolle 1994), blz. 13-21.

30 De ondernemingsraad had deze procedure ingesteld op grond van de artikelen 2:11-12 BW-oud. Vergelijk *Lanser*, Hof 's-Gravenhage 24 april 1981, NJ 1983, 5 (noot Maeijer). In par. 1.6.2 kwam de procesbevoegdheid van de ondernemingsraad aan de orde. Daar merkte ik op, dat de ondernemingsraad in ieder geval niet bevoegd is een procedure op grond van de artikelen 2:14-16 BW te entameren indien een specifieke beroepsgang bestaat; zulks was in de onderhavige casus het geval.

31 Zie hierover: M.G. Rood, De werknemer als commissaris van een structuurvennootschap, in: *Tot Vermaak Van Slagter* (Kluwer-Deventer 1988), blz. 225-233.

32 Bijvoorbeeld: Van Schilfgaarde, BV en NV, nr. 140.

rissen heeft het belang van de vennootschap³³ en de met haar verbonden onderneming te behartigen.³⁴

Van groot belang voor de waarde van de benoemingsvoorschriften uit de structuurregeling is de vraag, of de benoemingsregeling van commissarissen feitelijk opzij gezet kan worden door een contractuele regeling (oligarchische regeling). Expliciet is in de wet vastgelegd, dat er op het recht commissarissen te benoemen, contractueel (door bindende voordracht) geen afwijkingen gemaakt mogen worden (art. 2:158 lid 2 BW). Zou men bij de andere bevoegdheden die de wet aan ondernemingsraad en algemene vergadering van aandeelhouders toekent ten aanzien van de benoeming van commissarissen, contractuele afwijkingen van artikel 2:158 BW wél mogelijk achten, dan kan het in dit artikel geschapen evenwicht tussen ondernemingsraad en algemene vergadering ernstig worden verstoord.³⁵ In de (enquête)zaak HVA-Socfin³⁶ kwam een samenwerkingsovereenkomst³⁷ aan de orde, die onder andere inhield dat Socfin (een Belgische onderneming) het recht van bindend advies had ten aanzien van de benoeming van een kwart van het aantal commissarissen in HVA (Nederlandse structuurvennootschap). Aan deze regeling was een kettingbeding verbonden; daarnaast was aan Socfin een algemeen vetorecht toegekend inzake de benoeming van commissarissen. De Hoge Raad oordeelde, dat hetgeen de samenwerkingsovereenkomst inhoudt op zich zelf niet in strijd is met de structuurregeling. In de literatuur is men verdeeld over het oordeel van de Hoge Raad.³⁸ Maeijer onderschrijft inmiddels³⁹ het standpunt van de Hoge Raad, aangezien de samenwerkingsovereenkomst een nadere bepaling beoogde van wat volgens partijen onder geschetste omstandigheden moet worden verstaan onder een

33 Dan wel coöperatie of Onderlinge Waarborgmaatschappij, artikel 2:57 lid 2 BW.

34 Artikel 2:140 lid 2 BW.

35 Van Schilfgaarde, BV en NV, nr. 142.

36 HVA-Socfin, HR 19 maart 1975, NJ 1976, 267 (noot Wachter).

37 Deze overeenkomst is opgenomen in de uitspraak van het Hof. Zie Hof Amsterdam 15 november 1973, NJ 1975, 8 (noot Wachter).

38 Zie voor literatuurverwijzingen Asser-Maeijer 2 III, nr. 371 en Van Schilfgaarde, BV en NV, nr. 142; vergelijk ook P.C. van den Hoek, Variaties op de structuurregeling bij contract, in: Ondernemingsrechtelijke contracten (Kluwer-Deventer 1991), blz. 81-82, 88-89.

39 Asser-Maeijer 2 III, nr. 371 en de bespreking van dit boek door L. Timmerman, TVVS 1995, 232.

samenstelling 'naar behoren' van de raad van commissarissen.⁴⁰ Evenals Van Schilfgaarde keurt Maeijer het contractuele vetorecht af, daar het in strijd is met artikel 2:158 lid 6 BW.⁴¹

De mogelijkheid om bij contract inhoud te geven aan de structuurregeling, komt nader aan de orde in paragraaf 2.9 (Convenanten).

Niet alleen heeft de ondernemingsraad de mogelijkheid invloed uit te oefenen bij de benoeming van commissarissen; ook kan de ondernemingsraad, evenals de algemene vergadering van aandeelhouders of raad van commissarissen, een verzoek tot ontslag van een commissaris indienen bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam (art. 2:161 lid 2 BW).

Bij coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen is de benoeming van commissarissen enigszins afwijkend geregeld; reden hiervoor is de bij deze rechtsvormen bestaande economische relatie met de leden.⁴² In artikel 2:63f lid 2 BW is bepaald, dat de commissarissen benoemd worden door de algemene vergadering op voordracht van de raad van commissarissen. Op grond van artikel 2:63f lid 4 BW komt aan de algemene vergadering, het bestuur en de ondernemingsraad een aanbevelingsrecht toe.⁴³

In het verleden is, met name van werknemerszijde, betoogd dat het wenselijk zou zijn dat werknemersvertegenwoordigers, anders dan in de huidige structuurregeling, direct zitting zouden hebben in de raad van commissarissen.⁴⁴ In het SER-advies 1984/06 is de vraag behandeld of het stelsel van gecontroleerde coöptatie door een ander benoemingsstelsel moet worden vervangen. Door de werknemersleden is voorgesteld de benoemingsregeling in die zin te wijzigen, dat werknemers en de factor kapitaal een gelijk aantal

40 Asser-Maeijer 2 III, nr. 371. Zie ook J.M. Blanco Fernández, De raad van commissarissen bij nv en bv (Kluwer-Deventer 1993), blz. 109-115, L. Timmerman, Afspraken over de samenstelling van de raad van commissarissen bij structuurvennootschappen, in: CJHB (Opstellen aangeboden aan C.J.H. Brunner, Kluwer-Deventer 1994), blz. 397-405 en L. Timmerman, Het krakende gebouw van het vennootschapsrecht, in: Ondernemingsrechtelijke contracten (preadviezen van de Nederlandse Vereniging van Ondernemingsrechtadviseurs [Law & Practice-Deventer 1995], blz. 14-16).

41 Van Schilfgaarde, BV en NV, nr. 142 en Asser-Maeijer 2 III, nr. 371; Timmerman, loc.cit. (noot 40), lijkt een andere mening toegedaan.

42 Vergelijk hieromtrent Tweede Kamer 1986-1987, 19 775, nr. 3, blz. 5-6.

43 Zie Tweede Kamer 1986-1987, 19 775, nr. 3, blz. 12-13.

44 Een dergelijk systeem kent Duitsland, zoals wij in hoofdstuk 4 zullen zien, wel. Ook een aantal leden van de Commissie Verdam heeft indertijd een dergelijke samenstelling bepleit, zie Rapport Commissie Verdam, blz. 9, 23-31 en hoofdstuk 9.

commissarissen benoemen. Hiernaast zou nog een aantal commissarissen door de raad van commissarissen benoemd kunnen worden. In formule uitgedrukt kan men dit stelsel aanduiden als '2x + y'. '2x' houdt in dat de algemene vergadering van aandeelhouders en de ondernemingsraad een gelijk aantal commissarissen benoemen; 'y' staat voor het aantal commissarissen dat door de gehele raad van commissarissen wordt gecoöpteerd; 'y' moet kleiner of gelijk zijn aan 'x'.⁴⁵ Het SER-advies is verdeeld over de keuze van één van beide stelsels.⁴⁶ De belangrijkste motieven van de tegenstanders van een stelsel van rechtstreekse benoeming zijn allereerst, dat het coöptatiestelsel een betere garantie biedt voor onafhankelijkheid van de raad van commissarissen van de 'factoren arbeid en kapitaal', en voor een grotere (interne) eenheid in de raad van commissarissen. Daarnaast is een meer efficiënte spreiding van deskundigheid in de raad van commissarissen te bereiken. Voorstanders van het systeem van rechtstreekse benoeming voeren juist aan dat dit stelsel duidelijke voordelen biedt ten aanzien van het vertrouwen in individuele commissarissen en de raad van commissarissen in zijn totaliteit. Hiernaast is de vermaatschappelijking van de raad van commissarissen beter gewaarborgd, en zijn de contacten tussen de ondernemingsraden en individuele commissarissen beter. Rondom deze voorstellen waarbij wordt gepleit voor een directe medezeggenschap via de structuurregeling door rechtstreekse benoeming van commissarissen door werknemers(vertegenwoordigers), is het lang stil geweest. Onlangs zijn deze voorstellen in de discussie over het functioneren van de structuurregeling weer onder de aandacht gebracht door Bloemarts.⁴⁷

45 Ook werd nog een derde voorstel gedaan, dat als 'gemengd stelsel' aangeduid zou kunnen worden, daar het zowel elementen van coöptatie als rechtstreekse benoeming bevat. Verwezen wordt naar SER-advies 84/06, blz. 98-100.

46 Vergelijk hieromtrent SER-advies 84/06, hoofdstuk 9, waarin de beide standpunten naast elkaar worden gezet.

47 J.C.M.G. Bloemarts, Voor versterking van het gezag van de raad van commissarissen, in: Naar een nieuwe machtsdeling in de Nederlandse vennootschap (Kluwer-Deventer 1994), blz. 27-32. Uit het onderzoek naar vertrouwenscommissarissen van Van het Kaar (R.H. van het Kaar, Ondernemingsraad en vertrouwenscommissaris [Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij-'s-Gravenhage 1995], blz. 98) blijkt, dat ook leden van de geënteerde ondernemingsraden veelal voorstander zijn van een systeem van directe benoeming van leden van de raad van commissarissen.

2.3.3 *Vertrouwenscommissaris*

Wanneer commissarissen worden benoemd op voordracht van de ondernemingsraad worden deze veelal vertrouwenscommissarissen genoemd.⁴⁸ De terminologie in de verschillende onderzoeken naar het bestaan en functioneren van dergelijke commissarissen is echter niet gelijk.⁴⁹ Zo wordt een werknemerscommissaris wel omschreven als de behartiger van de belangen van werknemers binnen de raad van commissarissen⁵⁰, en worden alleen die commissarissen vertrouwenscommissarissen genoemd die zijn verenigd in het 'Overlegorgaan Vertrouwenscommissarissen' (OVC)⁵¹. Van het Kaar gebruikt de term vertrouwenscommissaris als overkoepelend begrip voor enerzijds de aanbevolen commissaris (de commissaris die op aanbeveling van de ondernemingsraad is benoemd), en anderzijds de contactcommissaris (leden van de raad van commissarissen waarmee de ondernemingsraad een speciale band heeft).⁵²

Door Van het Kaar is recentelijk onderzoek gedaan naar het bestaan en het functioneren van vertrouwenscommissarissen.⁵³ Dit onderzoek is verricht vanuit het perspectief van ondernemingsraden bij structuurvennootschappen, waaraan enquêteformulieren gezonden waren. Hieronder volgt een overzicht van de voornaamste bevindingen.

Bij ongeveer een derde deel van de geënquêteerde vennootschappen (110 stuks) was geen vertrouwenscommissaris aanwezig; bij de overige vennootschappen waren er 113 aanwezig. Daarvan konden er 56 als aanbevolen

48 E.D.J. de Jongh, Commissarissen, directeuren, OR-leden: verhoudingen en verwachtingen. Een sociologische verkenning naar de positie van de Raad van Commissarissen in zijn relatie tot directie en ondernemingsraad van structuurvennootschappen (Stenfert Kroese-Leiden 1987), blz. 83.

49 Van het Kaar, op.cit. (noot 49), blz. 9-10 en met name blz. 27-28, geeft een overzicht van de verschillen in terminologie die de onderzoekers van het fenomeen 'vertrouwenscommissaris' hanteren.

50 J. van der Knoop, Tussen toeschouwen en meesturen (Proefschrift Groningen 1991), blz. 110.

51 In dit orgaan overleggen vertrouwenscommissarissen met elkaar; daarnaast hebben zij gedragslijnen voor zichzelf uitgestippeld, zie Van der Knoop, op.cit. (noot 50), blz. 110.

52 Van het Kaar, op.cit. (noot 47), blz. 27-28.

53 In het hier al meermalen genoemde onderzoeksrapport 'Ondernemingsraad en vertrouwenscommissaris' (op.cit. noot 47).

commissaris, en 57 als contactcommissaris worden gekwalificeerd.⁵⁴ Ruim een derde deel van het aantal ondernemingsraden blijkt nog nooit een aanbeveling gedaan te hebben voor de benoeming van een structuurcommissaris; reden hiervoor is, dat zij geen kandidaten kennen die voor de functie van vertrouwenscommissaris in aanmerking komen.⁵⁵ Ook maken ondernemingsraden weinig gebruik van het hen toekomende bezwaarrecht.⁵⁶ Opmerkelijk is, dat uit het onderzoek is gebleken, dat bij ingrijpende gebeurtenissen (waarschijnlijk veelal te kwalificeren als financieel-economische besluiten) in elf vennootschappen de in de raad van commissarissen aanwezige vertrouwenscommissaris niet betrokken is geweest, terwijl 9 ondernemingsraden niet weten of de vertrouwenscommissaris betrokken was.⁵⁷ De ondernemingsraden blijken over het algemeen redelijk te spreken te zijn over hun vertrouwenscommissaris.⁵⁸ De bevindingen uit het onderzoek over de verhouding tussen raad van commissarissen en ondernemingsraad komen hieronder in paragraaf 2.7 ter sprake.

2.4 Goedkeuringsrecht

Het goedkeuringsrecht ex artikel 2:164 BW is een belangrijke bepaling uit de structuurregeling. In lid 1 van dit artikel is een lijst van besluiten opgenomen die het bestuur slechts kan nemen na goedkeuring van de raad van commissarissen.⁵⁹ Deze lijst van goedkeuringsplichtige besluiten kan statutair worden uitgebreid. De bestuursbesluiten waarbij goedkeuring is vereist, hebben betrekking op aangelegenheden die diep ingrijpen in de structuur van de rechtspersoon en de onderneming, en die belangrijke sociale gevolgen kunnen hebben, zodat ze uit dien hoofde instemming behoren te verwerven van een vertrouwenscollege van alle groepen, zoals de raad van commissarissen.⁶⁰ Door de in artikel 2:164 lid 1 BW opgenomen besluiten onder

54 Van het Kaar, op.cit. (noot 47), blz. 48.

55 Van het Kaar, op.cit. (noot 47), blz. 42-43.

56 Van het Kaar, op.cit. (noot 47), blz. 62-68.

57 Van het Kaar, op.cit. (noot 47), blz. 86-87.

58 Van het Kaar, op.cit. (noot 47), blz. 87-89.

59 Zie voor de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij artikel 2:63j BW. De hier opgenomen opsomming wijkt af, omdat de handelingen met betrekking tot aandelen niet zijn overgenomen, Tweede Kamer 1986-1987, 19 775, nr. 3, blz. 14.

60 Rapport Commissie Verdam, blz. 125-126; in vergelijkbare bewoordingen Tweede Kamer 1969-1970, 10 751, nr. 3, blz. 18.

controle te brengen van de raad van commissarissen, schept men grotere waarborgen voor een evenwichtige belangenafweging. Aan de andere kant worden commissarissen daardoor nauwer bij het ondernemingsbeleid betrokken en met een grotere verantwoordelijkheid belast.⁶¹

De in het wetsontwerp voor de structuurregeling opgenomen goedkeuringsplichtige besluiten, zijn in merendeel overgenomen van de voorstellen van de Commissie Verdam.⁶²

De formulering van art. 2:164 BW is ruim in die zin, dat besluiten⁶³ van het bestuur *omtrent* de in het artikel opgesomde aangelegenheden aan goedkeuring zijn onderworpen.⁶⁴ Deze formulering brengt mee, dat verdedigbaar is, dat ook goedkeuring van de raad van commissarissen vereist is voor bestuursbesluiten met betrekking tot door anderen te nemen besluiten.⁶⁵ De SER bespreekt deze terminologie in het kader van concernverhoudingen. Hier wordt opgemerkt, dat ook goedkeuring voor bestuursbesluiten van de moedervennootschap vereist is, in die gevallen waarin het bestuur geen instructies geeft maar zich slechts in enige zin uitspreekt voor de voorgenomen besluiten van de besturen van dochtervennootschappen.⁶⁶

In de literatuur wordt aangenomen, dat artikel 2:164 lid 1 BW geen attributieve werking heeft; wanneer een van de besluiten genoemd in art. 2:164 lid 1 BW op grond van de statuten of wet rechtstreeks wordt genomen door een ander orgaan dan het bestuur, komt aan de raad van commissarissen geen goedkeuringsbevoegdheid toe.⁶⁷

61 Tweede Kamer 1969-1970, 10 751, nr. 3, blz. 18. Van der Grinten spreekt dan ook van een meebesturende taak van de raad van commissarissen, Handboek nr. 275.

62 Tweede Kamer 1969-1970, 10 751, nr. 3, blz. 18.

63 Vergelijk artikel 25 WOR waar wordt gesproken van een *voorgenomen* besluit.

64 Eerder luidde de formulering in de structuurwet anders. Ook hier werd gesproken van 'besluiten tot'. Een en ander is gewijzigd bij de invoering van boek 2 BW. Vergelijk Bundel NV en BV, p. IXj -art. 52n 1/3, IXf- art. 52n (III)- 1/7); zie hieromtrent ook SER-advies 1984/06, blz. 74 en P.S. de Graaf, Van tot naar omtrent, TVVS 1974, blz. 225-231.

65 Zulks werd in de MvT bij het wetsontwerp invoering structuurregeling coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen expliciet uitgesproken: Tweede Kamer 1986-1987, 19 775, nr. 3, blz. 14.

66 SER-advies 84/06, blz. 74; het betreft hier met name de besluiten sub d, e, j, en k.

67 Handboek nr. 275; Asser-Maeijer 2 III, nr. 381.

Aan goedkeuring van de raad van commissarissen zijn ingevolge artikel 2:164 lid 1 BW de volgende financieel-economische besluiten van het bestuur onderworpen:

- uitgifte en verkrijging van aandelen in en schuldbrieven ten laste van de vennootschap⁶⁸ (sub a);
- medewerking aan de uitgifte van certificaten van aandelen (sub b);
- het aanvragen of intrekken van beursnotering van aandelen of certificaten (sub c);
- het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking met een andere vennootschap of rechtspersoon (sub d);
- het nemen van een deelneming ter waarde van een kwart van het geplaatste kapitaal (sub e);
- investeringen die een kwart van het geplaatste kapitaal betreffen (sub f);
- voorstel tot ontbinding van de rechtspersoon (sub h);
- aanvraag van surséance van betaling dan wel aangifte van faillissement (sub i);
- voorstel tot vermindering van het geplaatste kapitaal (sub l).

Daarnaast is een voorstel van het bestuur tot statutenwijziging aan goedkeuring onderworpen (art. 2:164 lid 1 sub g BW).

Het goedkeuringsrecht is, vanuit het perspectief van medezeggenschap bij financieel-economische besluiten, een belangrijk recht van de raad van commissarissen van een structuurvennootschap. Net als bij de bevoegdheden van de ondernemingsraad is voor een zinvolle uitoefening van het goedkeuringsrecht informatieverstreking door het bestuur aan de raad van commissarissen onontbeerlijk. Het goedkeuringsrecht wordt niet door een specifiek informatierecht ondersteund; wel is in artikel 2:141 BW ten behoeve van de raad van commissarissen een algemeen recht op informatie opgenomen.

Statutair kan het goedkeuringsrecht worden geconcretiseerd of uitgebreid tot andere besluiten dan de in de opsomming van artikel 2:63j/164 BW genoemde onderwerpen. Francissen en Jansen constateerden in hun onderzoek naar statuten van structuurvennootschappen (1975) dat het aantal aan goedkeuring onderworpen besluiten regelmatig werd uitgebreid.⁶⁹ Het blijkt onder andere de volgende financieel-economische besluiten te betreffen:

68 Of van schuldbrieven ten laste van een commanditaire vennootschap of vennootschap onder firma waarvan de vennootschap volledig aansprakelijke vennote is.

69 P.W.H.M. Francissen/J.M. Jansen, Statuten van de grote n.v. en b.v. (Kluwer-Deventer 1975), blz. 18-19.

- het aangaan van geldleningen (soms alleen boven een bepaald bedrag);
- het aangaan van bankkredieten;
- het stellen van persoonlijke of zakelijke zekerheid;
- het aangaan van handelingen waaruit voor de vennootschap verbintenissen boven een bepaald bedrag (of een bepaalde duur) voortvloeien.

Bestudering van de statuten van een aantal structuurvennootschappen, leert dat ook in de huidige statuten van structuurvennootschappen het goedkeuringsrecht regelmatig wordt uitgebreid.⁷⁰ Het betreft:

- het verstrekken van geldleningen aan andere ondernemingen, voor zover dit niet geschiedt in de vorm van normaal handelskrediet;
- het aangaan van borgtochten of geldleningen ten laste of ten bate van de vennootschap;
- het aangaan van geldleningen door de vennootschap met een bepaalde looptijd en tevens boven een in de statuten bepaald bedrag;⁷¹
- het verstrekken van geldleningen indien deze middellijk of onmiddellijk een bedrag van één miljoen gulden te boven gaan;⁷²
- het verstrekken van garanties indien deze een bepaald bedrag te boven gaan, en tevens een looptijd hebben van meer dan één jaar;⁷³
- investeringen boven een bepaald bedrag;
- verkrijgen, bezwaren of vervreemden van onroerend goed; regelmatig is nader bepaald, welke omvang de transactie (minimaal) moet betreffen;
- het vaststellen van een periodiek op te stellen beleggingsplan waarin het voorgenomen beleggingsbeleid gedurende het door het beleggingsplan bestreken tijdvak wordt neergelegd. In het beleggingsplan worden tevens de hoofdlijnen van de financiering aangegeven;⁷⁴
- het uitoefenen van stemrecht in deelnemingen (of dochtermaatschappijen);
- het vervreemden van aandelen of certificaten in de vennootschap.

Daarnaast kwam ik in een aantal statuten de bepaling tegen dat de raad van commissarissen ook bevoegd is andere besluiten van de directie aan zijn

70 Met dank aan mr. R.P. Voogd, die bereid was mij inzage te verschaffen in zijn collectie statuten van beursgenoteerde vennootschappen. De inhoud van de hier met name genoemde statuten is in januari 1996 bij de Kamers van Koophandel gecontroleerd.

71 Artikel 9 lid 3 sub o statuten GTI Holding:
"het aangaan van geldleningen door de vennootschap voor zich en/of ten behoeve van haar deelnemingen met een looptijd van meer dan twee jaar en tevens een bedrag dat vijf miljoen gulden te boven gaat".

72 Artikel 9 lid 3 sub p statuten GTI Holding.

73 Artikel 9 lid 3 sub q statuten GTI Holding.

74 Artikel 17 lid 3 sub d statuten Wereldhave.

goedkeuring te onderwerpen; deze besluiten dienen duidelijk omschreven te worden en schriftelijk aan de directie te worden opgegeven.⁷⁵

Schreurs-Engelaar onderzocht in haar dissertatie (1995) de statuten van structuurcoöperaties. Ook uit dit onderzoek blijkt dat het goedkeuringsrecht (art. 2:63j BW) statutair wordt uitgebreid.⁷⁶ Zo is bij een structuurcoöperatie de opsomming van artikel 2:63j lid 1 sub a, b en c BW in overeenstemming gebracht met artikel 2:164 lid 1 BW, zodat ook besluiten omtrent uitgifte en verkrijging van aandelen in de coöperatie, besluiten omtrent medewerking aan de uitgifte van certificaten van aandelen en het aanvragen of intrekken van beursnotering onder het goedkeuringsrecht zijn gebracht. Ook is het aangaan van leningen en kredieten en het verhogen van reeds bestaande leningen en kredieten, indien zij een bepaalde omvang betreffen, aan goedkeuring onderworpen. Tenslotte is ook vastgelegd, dat deelnemingen (art. 2:63j lid 1 sub e BW) en investeringen (art. 2:63j sub f BW) ook onder het goedkeuringsrecht vallen als zij een achtste van het eigen vermogen betreffen.⁷⁷ Tevens werd de statutaire bepaling aangetroffen dat goedkeuring vereist is indien een deelneming wordt genomen die minimaal een twintigste deel van het eigen vermogen bedraagt.⁷⁸ Hiernaast kunnen genoemd worden:

- vestigen/opheffen van kantoren en filialen;
- sluiten of overdragen van het bedrijf van de coöperatie;
- het doen van een desinvestering (met een bepaalde omvang).

Ontbreken van goedkeuring en externe werking

Van groot belang voor de kracht die aan het goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen kan worden toegekend, is de vraag of een door het bestuur zonder goedkeuring genomen besluit rechtsgeldig is. Aangenomen kan worden dat een dergelijk besluit nietig is. Uit artikel 2:164 lid 2 BW blijkt echter, dat het ontbreken van goedkeuring de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur jegens derden niet aantast. Verdedigbaar is, om aan het ontbreken van goedkeuring wél (enige) externe werking toe te kennen in het geval dat de derde op de hoogte is van het ontbreken van de goedkeu-

75 Artikel 17 lid 4 statuten Wereldhave en artikel 15 lid 1 sub t statuten Medicopharma waarin aan goedkeuring is onderworpen: het verrichten van rechtshandelingen waarvan het belang voor de vennootschap een door de raad van commissarissen vast te stellen maximum overtreft.

76 Schreurs-Engelaar, op.cit. (noot 11), blz. 240-247.

77 Schreurs-Engelaar, op.cit. (noot 11), blz. 241.

78 Schreurs-Engelaar, op.cit. (noot 11), blz. 242.

ring.⁷⁹ De kracht van het goedkeuringsrecht is bij het ontbreken van externe werking beperkt. Wanneer een besluit wordt genomen zonder goedkeuring van de raad van commissarissen en er jegens derden reeds uitvoeringshandelingen zijn ondernomen, heeft de raad van commissarissen slechts de mogelijkheid het bestuur aan te spreken op grond van onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW). Wellicht vormt het (meerdere malen) nemen van besluiten zonder goedkeuring ondanks waarschuwing een grond voor schorsing en ontslag.⁸⁰

Samenloop tussen structuurregeling en WOR

Wanneer men de lijst van goedkeuringsplichtige besluiten vergelijkt met de limitatieve opsomming van adviesplichtige besluiten ex artikel 25 lid 1 WOR dan valt op dat er qua onderwerpen grote gelijkenis bestaat. Het is dus heel wel mogelijk dat over een bepaalde beslissing binnen een rechtspersoon zowel advies aan de ondernemingsraad gevraagd moet worden, alsook goedkeuring van de raad van commissarissen moet worden verkregen. Slagter merkt over de samenloop van het adviesrecht en het goedkeuringsrecht op, dat uit het verschil in terminologie, *voorgenomen besluit* (WOR) respectievelijk *besluit* (structuurregeling), afgeleid kan worden dat de volgorde is: voorgenomen besluit van de ondernemer, advies van de ondernemingsraad, besluit van het bestuur, goedkeuring van de raad van commissarissen.⁸¹ Uit de (hieronder in par. 2.7 te bespreken) onderzoeken van Honée en Van der Knoop blijkt echter, dat indien voor een bepaald besluit zowel goedkeuring van de raad van commissarissen vereist is, alsook een advies van de ondernemingsraad, het besluit eerst voor goedkeuring aan de raad van commissarissen wordt voorgelegd. Men beschouwt deze goedkeuring dan als voorlopig (tot advies van de ondernemingsraad is uitgebracht).⁸² Deze gang van zaken lijkt mij in strijd met de wetteksten; ten minste zou de ondernemings-

79 Timmerman, Rechtspersonen (losbladig) artikel 164, aantekening 5.

80 Handboek, nr. 275.

81 Compendium, blz. 273. Deze visie werd ook gehuldigd door de minister in zijn memorie van antwoord bij de structuurregeling: Tweede Kamer 1970-1971, 10 751, nr. 10, blz. 11: "Indien volgens artikel 25 Wet op de ondernemingsraden vooraf advies aan de ondernemingsraad wordt gevraagd, dan gaat dit advies ook vooraf aan het besluit van de commissarissen. Het advies wordt uitgebracht aan de vennootschap en komt zodoende ter kennis van de raad van commissarissen."

82 H.J.M.N. Honée, Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad (Kluwer-Deventer 1986), blz. 94; J. van der Knoop, Tussen toeschouwen en meesturen (diss. Groningen, 1991), blz. 57, 58.

raad gelijktijdig met de raad van commissarissen bij een besluit betrokken moeten worden.

2.5 Overige bevoegdheden van de raad van commissarissen

Allereerst heeft de raad van commissarissen de bevoegdheid bestuurders te benoemen. Deze bevoegdheid kan niet door een bindende voordracht worden beperkt, zo bepaalt artikel 2:162 BW.⁸³ Het recht bestuurders te benoemen komt bij niet-structuurvennootschappen toe aan de algemene vergadering van aandeelhouders (art. 2:132 BW). Van een benoemingsvoornemen wordt de algemene vergadering door de raad van commissarissen in kennis gesteld. Aangezien de raad van commissarissen het tot benoeming bevoegde orgaan is, is hij tevens bevoegd tot ontslag (art. 2:134 BW). In dit laatste geval dient de algemene vergadering door de raad van commissarissen gehoord te zijn (art. 2:162 BW).⁸⁴

Wanneer een vennootschap niet onder het volledige maar onder het beperkte structuurregime valt, komt de raad van commissarissen de hier besproken benoemings- en ontslagbevoegdheid niet toe (art 2:155 BW).

Daarnaast heeft de raad van commissarissen de bevoegdheid de jaarrekening vast te stellen. Ook deze bevoegdheid komt bij niet-structuurvennootschappen toe aan de algemene vergadering van aandeelhouders (art. 2:101 BW). De jaarrekening moet wel goedgekeurd worden door de algemene vergadering van aandeelhouders. Gelijktijdig met het overleggen van de vastgestelde jaarrekening aan de algemene vergadering, moet de jaarrekening ter bespreking worden overgelegd aan de ondernemingsraad (art. 2:162 BW). Ook deze bevoegdheid komt een raad van commissarissen binnen het verzwakt structuurregime niet toe (art. 2:155 BW).

Bovengenoemde bevoegdheden komen de raad van commissarissen niet toe bij coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.⁸⁵

83 Zie over statutaire bepalingen die de benoemingsvrijheid door de raad van commissarissen zouden kunnen beïnvloeden Blanco Fernández, op.cit. (noot 40), blz. 63-64, die dergelijke beperkingen in navolging van Macijer ongeoorloofd acht.

84 Bij niet-structuurvennootschappen is de algemene vergadering bevoegd tot ontslag, art. 2:134 BW.

85 Zie voor een motivering hiervan: Tweede Kamer 1986-1987, 19 775, nr. 3, blz. 1.

2.6 Structuurregeling als beschermingsconstructie

Sommige schrijvers zijn van oordeel, dat de structuurregeling (volledig regime) kan werken als bescherming tegen een onvriendelijke overname.⁸⁶ Het 'beschermingseffect' zit in het feit dat de zeggenschap over de rechtspersoon ten koste van de macht van de algemene vergadering van aandeelhouders is geconcentreerd bij de raad van commissarissen en het bestuur. De raad van commissarissen, en niet de aandeelhoudersvergadering, beschikt over de bevoegdheid om bestuurders en commissarissen te benoemen (en dus te ontslaan). Van der Grinten laat zien dat men, wanneer men het structuurregime 'optuigt' met een aantal oligarchische clausules, de macht van de algemene vergadering belangrijk nader kan inperken zodat een effectief beschermingsmiddel ontstaat.⁸⁷ Aangezien dit aspect van de structuurregeling buiten het thema van dit onderzoek valt, laat ik het verder onbesproken.

In de literatuur is door Bloemarts betoogd, dat een besluit tot statutenwijziging, noodzakelijk om te komen tot een besluit tot afschaffing of verzwakking van het structuurregime, alleen met medewerking van de raad van commissarissen genomen zou moeten kunnen worden; wetswijziging stelt hij dan ook op dit punt voor.⁸⁸ Den Boogert kan zich in dit standpunt vinden.⁸⁹ Indien besloten wordt tot afschaffing van het vrijwillig verlicht structuurregime, zal een statutenwijziging vereist zijn. In de uitspraak inzake *Heuga* oordeelden zowel de Ondernemingskamer als de Hoge Raad dat een dergelijke statutenwijziging onderworpen is aan advies van de ondernemingsraad ingevolge artikel 25 lid 1 sub e WOR (belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming).⁹⁰

86 R.P. Voogd, *Statutaire beschermingsmaatregelen bij beursvennootschappen* (Kluwer-Deventer 1989), blz. 265-266 (met literatuurverwijzingen).

87 W.C.L. van der Grinten, *Structuurregeling als beschermingsconstructie*, in: *Beschermingsconstructies* (Kluwer-Deventer 1990), blz. 15-19.

88 J.C.M.G. Bloemarts, *Onvriendelijke overnemingen; de positie van vakbeweging en ondernemingsraad*, NV 66 (1988), blz. 58.

89 M.W. den Boogert, *Beursovername en beschermingsconstructies*, in: *Aandelen* (Kluwer-Deventer 1988, blz. 42, en tijdens de discussie, blz. 108-109).

90 *Heuga*, Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 1992, NJ 1993, 210 (noot Maeijer); HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545 (noot Maeijer). Vergelijk over dit punt met name de beslissing van de Ondernemingskamer en de conclusie van Advocaat Generaal Van Soest sub 4. In deze uitspraken kwam tevens de zogenaamde gelijkstelling van de begrippen onderneming en ondernemer aan de orde, vergelijk hierover hoofdstuk 6, par. 6.2.2.

2.7 Contacten tussen raad van commissarissen en ondernemingsraad

Aangezien zowel aan de ondernemingsraad als de raad van commissarissen bevoegdheden toekomen bij financieel-economische besluiten, zijn de onderlinge contacten van groot belang.

Op een aantal punten is samenwerking tussen ondernemingsraad en raad van commissarissen in de wet verankerd. De WOR biedt de ondernemingsraad de mogelijkheid commissarissen bij de ondernemingsraadsvergaderingen uit te nodigen, artikel 16 lid 1 WOR. Ook kunnen commissarissen worden uitgenodigd voor overlegvergaderingen die op grond van artikel 23 WOR tussen ondernemingsraad en bestuurder worden gehouden (art. 23a lid 6 WOR). Op grond van artikel 24 lid 2 WOR is aanwezigheid op de halfjaarlijkse overlegvergadering verplicht.⁹¹ Ook op overlegvergaderingen over het adviesrecht (art. 25 WOR) en het recht bestuurders te ontslaan (art. 30 WOR) dienen commissarissen te verschijnen, artikel 25 lid 4 en 30 lid 3 WOR.

Ook de structuurregeling bevat momenten waarop de ondernemingsraad en de raad van commissarissen moeten samenwerken. Contact doet zich met name voor bij de benoeming van een commissaris. Wanneer zich een vacature in de raad van commissarissen voordoet, wordt de ondernemingsraad hiervan op de hoogte gesteld (art. 2:158 lid 4 BW). De ondernemingsraad wordt dan in de gelegenheid gesteld om een aanbeveling te doen. De raad van commissarissen dient aan de ondernemingsraad mede te delen welke kandidaat hij voor benoeming voordraagt (art. 2:158 lid 5 BW).⁹² De wettelijke basis voor contacten tussen ondernemingsraad en raad van commissarissen is heel smal.

In de loop der jaren is een aantal onderzoeken verricht naar het functioneren van het onderlinge relatiepatroon tussen ondernemingsraad en raad van commissarissen. Met name is onderzocht, in hoeverre de in de wet neergelegde dwingendrechtelijke bepalingen worden nageleefd, en of er zich daarnaast nog andere (informele) contacten tussen ondernemingsraden en commissarissen voordoen.

91 Voor een uitzondering: artikel 24 lid 3 WOR.

92 Honée merkt op, dat op grond van artikel 2:158 lid 13 BW over het doen van een aanbeveling of het maken van bezwaar minimaal een maal overleg gevoerd moet worden tussen ondernemingsraad en vennootschap. De aanwezigheid van commissarissen is hiervoor niet verplicht gesteld. Zie Honée, Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad (op.cit. noot 82), blz. 10.

Honée deed een onderzoek in 1983; daaruit blijkt allereerst, dat commissarissen vaak niet aanwezig zijn op overlegvergaderingen over adviesplichtige besluiten tussen bestuurder en ondernemingsraad.⁹³ Ondernemingsraden blijken de afwezigheid van commissarissen niet als probleem te zien.⁹⁴ De inbreng van commissarissen op de overlegvergadering is afhankelijk van de onderwerpen die er ter sprake komen. Bij onderwerpen van meer algemene aard blijken commissarissen eerder het woord te voeren, dan bij concrete besluitvorming.⁹⁵ Informeel contact tussen commissarissen en ondernemingsraden komt veelvuldig voor. Ook is dit contact regelmatig inhoudelijk van aard.⁹⁶

Hiervoor besprak ik al (par. 2.4) dat uit dit onderzoek is gebleken, dat waar het adviesrecht van de ondernemingsraad ex artikel 25 WOR en het goedkeuringsrecht van de ondernemingsraad ex artikel 2:164 BW over een voorgenomen besluit samenvallen, in de praktijk over het algemeen eerst goedkeuring van de raad van commissarissen wordt gevraagd.⁹⁷

De Jongh bestudeerde het functioneren van raden van commissarissen vanuit sociologisch perspectief. Doelstelling van het onderzoek was de bestudering van raden van commissarissen van structuurvennootschappen in verhouding tot het bestuur en de ondernemingsraad. Uit het onderzoek kunnen de volgende conclusies worden getrokken. Allereerst blijkt de ondernemingsraad veel belang te hechten aan contact met commissarissen. Ondernemingsraden wensen, met name in concrete problemen, meer contact. Raden van commissarissen vinden daarentegen, dat zij zich slechts met globale problemen bezig hoeven te houden.⁹⁸ Leden van ondernemingsraden zijn over het algemeen negatief over de contacten die zij met commissarissen hebben.⁹⁹ De raad van commissarissen is van mening dat het contact tussen ondernemingsraad en directie primair hoort te staan, en neemt dan ook tijdens overlegvergaderingen een vrij passieve rol aan. Ook is gebleken, dat

93 Honée, Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad (op.cit. noot 82), blz. 41-46.

94 Honée, Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad (op.cit. noot 82), blz. 83.

95 Honée, Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad (op.cit. noot 82), blz. 106.

96 Honée, Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad (op.cit. noot 82), blz. 88-93.

97 Honée, Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad, op.cit. (noot 82), blz. 94.

98 De Jongh, op.cit. (noot 48), blz. 52.

99 De Jongh, op.cit. (noot 48), blz. 105.

de directie zich geen contacten tussen ondernemingsraad en raad van commissarissen kan voorstellen waarbij zijzelf niet aanwezig is. Reden hiervoor is, dat de directie als centraal verantwoordelijk orgaan de controle wil houden, en daarnaast bang is, dat de raad van commissarissen aan de ondernemingsraad mededelingen of zelfs toezeggingen doet, die de directie niet wenst.¹⁰⁰

Ook door Heijink werd onderzoek naar de samenwerking tussen bestuur, raad van commissarissen en ondernemingsraad verricht.¹⁰¹ De probleemstelling van dit onderzoek luidt: welke invloed oefenen raad van commissarissen en ondernemingsraad uit op belangrijke ondernemingsbesluiten, en wat zijn daarvan de gevolgen voor de bestuurbaarheid en effectiviteit van de onderneming.¹⁰² Het onderzoek werd verricht door drie (belangrijke) reorganisatieprocessen binnen drie ondernemingen te bestuderen. Het onderzoek richtte zich met name op de mogelijkheden tot invloedsuitoefening door raad van commissarissen en ondernemingsraad binnen een reorganisatie. De onderlinge verhouding van ondernemingsraad is beperkt onderzocht; bestudeerd zijn de onderlinge relaties tussen ondernemingsraad en raad van commissarissen en de betekenis daarvan voor de besluitvorming. Belangrijkste conclusie uit het onderzoek is, dat zowel ondernemingsraad als raad van commissarissen weinig rechtstreeks waarneembare invloed kunnen uitoefenen op bestuursbesluiten.¹⁰³ Een van de aanbevelingen van het onderzoek is, dat de procedurele informatie-uitwisseling tussen beide raden wordt verbeterd, met name opdat deze beter in staat zijn tot overleg met de directie.¹⁰⁴

Aan het eind van de tachtiger jaren werd door Van der Knoop een onderzoek gedaan naar het functioneren van raden van commissarissen. Het onderzoek werd uitgevoerd aan de hand van interviews. Het onderzoeksverslag verscheen in 1991.¹⁰⁵ Belangrijkste doelstelling van dit onderzoek is het beschrijven van de taakuitoefening van het commissariaat in een structuurvennootschap. Empirisch onderzoek naar contacten tussen ondernemingsraad en raad van commissarissen is niet verricht.

100 De Jongh, op.cit. (noot 48), blz. 97-98.

101 J.Z. Heijink, *De drie raden. Het samenspel van Raad van Bestuur, Raad van Commissarissen en Ondernemingsraad* (Van Gorcum-Assen/Maastricht 1988).

102 Heijink, op.cit. (noot 101), blz. 5.

103 Heijink, op.cit. (noot 101), blz. 68.

104 Heijink, op.cit. (noot 101), blz. 70.

105 Van der Knoop, op.cit. (noot 50).

Ook in het recente onderzoek van Van het Kaar over de vertrouwenscommissaris kwam de verhouding tussen ondernemingsraad en (structuur) raad van commissarissen aan de orde. Uit dit onderzoek bleek allereerst dat slechts 27% van de geënquêteerde ondernemingsraden van de raad van commissarissen inlichtingen ontvangt over een vacature in de raad van commissarissen (art. 2:158 lid 4 BW).¹⁰⁶ Daarnaast vindt met 20% van de onderzochte vennootschappen geen overleg met de ondernemingsraad plaats over de benoeming van een commissaris, terwijl dat bij 15% soms gebeurde. In de gevallen waarin overleg plaatsvond, geschiedde dat in 37% van de gevallen met de raad van commissarissen.¹⁰⁷ Van het Kaar onderzocht ook in hoeverre de ondernemingsraad los van de benoemingsprocedure informatie ontving van de raad van commissarissen; de meerderheid van de ondernemingsraden kreeg geen enkele informatie, waaronder ook ondernemingsraden 'met' een vertrouwenscommissaris.¹⁰⁸ Wel heeft de ondernemingsraad regelmatig contacten met de raad van commissarissen op het driehoeksoverleg¹⁰⁹, op de overlegvergadering of informeel.¹¹⁰ Tenslotte werden in een aantal gevallen (20% van de onderzochte vennootschappen) afspraken gemaakt over de onderlinge contacten tussen ondernemingsraad en raad van commissarissen; bij een aantal concerns bestond een uitgewerkte notitie over de relatie tussen ondernemingsraad en raad van commissarissen.¹¹¹ Tevens is apart onderzocht in hoeverre ondernemingsraden contact hebben met hun vertrouwenscommissaris; dit contact bestaat in een grote meerderheid van de gevallen; bij 16 vennootschappen met een vertrouwenscommissaris bestond geen contact.¹¹²

Uit bovenstaande onderzoeken kan geconcludeerd worden, dat de samenwerking tussen raad van commissarissen en ondernemingsraad niet altijd als optimaal wordt ervaren. De ondernemingsraden uit het recente onderzoek van Van het Kaar zijn minder negatief dan in het verleden.¹¹³ Uit de onderzoeken zijn geen conclusies te trekken over de wijze waarop de onderne-

106 Van het Kaar, op.cit. (noot 47), blz. 37.

107 Van het Kaar, op.cit. (noot 47), blz. 39.

108 Van het Kaar, op.cit. (noot 47), blz. 69.

109 Bijeenkomst van raad van commissarissen, ondernemingsraad en bestuur (Van het Kaar, op.cit. noot 47, blz. 71).

110 Van het Kaar, op.cit. (noot 47), blz. 70-76.

111 Van het Kaar, op.cit. (noot 47), blz. 74-76.

112 Van het Kaar, op.cit. (noot 47), blz. 76-82.

113 Van het Kaar, op.cit. (noot 47), blz. 95.

mingsraad binnen de structuurrechtspersoon de besluitvorming van de raad van commissarissen kan beïnvloeden en de daarmee verbonden vraag of dergelijke beïnvloeding daadwerkelijk plaatsvindt. Het feit dat de samenwerking tussen ondernemingsraad en raad van commissarissen niet altijd optimaal is, is juist bij de medezeggenschap bij financieel-economische besluiten van de ondernemer ongunstig, daar op deze besluiten vaak zowel door de raad van commissarissen als de ondernemingsraad invloed wordt uitgeoefend.

2.8 Nederland-constructie

In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan de *Nederland-constructie*. Door middel van deze constructie kan men bewerkstelligen dat een Nederlandse holdingmaatschappij binnen een internationaal concern wordt vrijgesteld van de structuurregeling. Daarnaast heeft de constructie consequenties voor de medezeggenschapsrechten van de (centrale) ondernemingsraad op grond van de WOR, daar het mogelijk is (zo gewild) door middel van de Nederland-constructie de medezeggenschap te beperken tot aangelegenheden die de Nederlandse werknemers betreffen.¹¹⁴

Structuurregeling

In een internationaal concern kan het tussenschuiven van een subholding gevolgen hebben voor de toepasselijkheid van de structuurregeling. Op deze problematiek is door Honée in zijn proefschrift ingegaan; een aantal situaties wordt geschetst.¹¹⁵ Allereerst het geval dat de topvennootschap van een internationaal concern in Nederland is gevestigd. Op grond van de structuurregeling is deze vennootschap vrijgesteld (art. 2:153 lid 3 sub b BW). Op de dochters, Nederlandse werkmaatschappijen, is het verzwakte regime van toepassing (art. 2:155 lid 1 sub a BW). Wanneer men nu tussen de topvennootschap en de Nederlandse werkmaatschappijen een subholding schuift, heeft dit als consequentie dat de werkmaatschappijen worden vrijgesteld omdat het structuurregime geldt voor de subholding; gevolg hiervan is, dat de raad van commissarissen van die werkmaatschappijen geen goedkeurings-

114 Zie over deze constructie: W. Bosse, Functioneert de sub-holding als schild tegen de invloed van Nederlandse werknemers? TVVS 1984, blz. 189-195; S.M. Bartman/A.F.M. Dorresteyn, Van het concern (tweede druk, Gouda Quint-Arnhem 1994), blz. 136-137 (structuurregeling) en 155-156 (WOR).

115 H.J.M.N. Honée, Concernrecht en medezeggenschapsregelingen (Kluwer-Deventer 1981), blz. 53-57.

recht heeft ingevolge artikel 2:164 lid 1 BW.¹¹⁶ Vervolgens kan het tussenschuiven van een subholding ook effect hebben in het geval dat de top-holding van het internationale concern in het buitenland is gevestigd. Wanneer men tussen deze (buitenlandse) topvennootschap en de Nederlandse werkmaatschappijen een subholding schuift, is de structuurregeling van toepassing op de subholding en zijn de werkmaatschappijen wederom vrijgesteld.

De vanuit het perspectief van de medezeggenschap van werknemers aan de Nederland-constructie verbonden mogelijke nadelen, worden regelmatig gecompenseerd door aan de ondernemingsraad bij convenant extra bevoegdheden toe te kennen (zie hieronder).

Wet op de ondernemingsraden

Wanneer men tussen de, in Nederland gevestigde internationale moedermaatschappij, en haar Nederlandse dochtermaatschappijen een subholding plaatst, en bij deze subholding op grond van artikel 33 lid 5 WOR een centrale ondernemingsraad instelt, heeft dit tot gevolg dat in aangelegenheden van gemeenschappelijk belang de centrale ondernemingsraad bevoegd is in plaats van de lokale ondernemingsraden (gevestigd bij de Nederlandse werkmaatschappijen). Daarnaast gaan de bevoegdheden die de ondernemingsraad aan de structuurregeling ontleent van de lokale ondernemingsraden bij de dochters over naar de centrale ondernemingsraad (art. 2:158 lid 13 BW).

Deze constructie is nadelig voor de medezeggenschap van werknemers binnen het (Nederlandse gedeelte van) het concern indien de eigenlijke beleidsbeslissingen worden genomen bij de moedervenootschap en de subholding slechts fungeert als doorgeefluik van de daar genomen besluiten.

In de Douwe Egberts-zaak heeft de Ondernemingskamer uitspraak gedaan over de geoorloofdheid van de Nederland-constructie.¹¹⁷ De Ondernemingskamer oordeelde dat de ondernemer in beginsel de vrijheid heeft om de structuur van de onderneming te wijzigen. Deze vrijheid vindt haar grens daar, waar de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. In dit geval acht de Ondernemingskamer deze grens niet overschreden. Er moet echter op gewezen worden dat het volledige structuurregime vrijwillig op de subholding van

116 Deze constructie is, zoals Honée al constateerde (op.cit. noot 115, blz. 54 noot 54 aldaar), door de wetgever zeker niet ontmoedigd; vergelijk de MvT op het ontwerp van de Structuurwet, Tweede Kamer 1969-1970, 10 751, nr. 3, blz. 14.

117 Douwe Egberts, Hof Amsterdam (OK) 16 februari 1989, NJ 1990, 693 (noot Macijer); ROR 1989, 7; TVVS 1989, blz. 104-106.

toepassing was verklaard, en de ondernemer aan de centrale ondernemingsraad een convenant had aangeboden, waarin extra bevoegdheden waren toegekend, zodat de centrale ondernemingsraad enige greep op het concernbeleid kan houden.

2.9 Convenanten

Er zijn weinig gegevens bekend over het in de praktijk voorkomen van convenanten die de structuurregeling betreffen.¹¹⁸ In beginsel lijken convenanten op dit gebied mogelijk; zo zijn afspraken denkbaar over de samenstelling en de wijze van benoeming en ontslag van de raad van commissarissen, de wijze van besluitvorming door de raad van commissarissen en uitbreiding of inkrimping van bevoegdheden van de raad van commissarissen.¹¹⁹

Vanuit medezeggenschapsoptiek zijn die convenanten interessant waarbij het goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen wordt uitgebreid. Van den Hoek vraagt zich af, of men de competentie van de raad van commissarissen kan wijzigen door de opsomming van artikel 2:164 lid 1 BW (goedkeuringsplichtige besluiten van het bestuur) te wijzigen. Van den Hoek neemt hierover een duidelijk standpunt in: voor contractuele uitbreiding of inkrimping van bevoegdheden van organen is geen plaats.¹²⁰ Reden hiervoor is dat de bevoegdheidsafbakening van organen binnen de structuurregeling wordt beheerst door regels van dwingend recht. Een eventuele nuancering of uitbreiding van deze bevoegdheidsverdeling zal niet bij overeenkomst, maar in de statuten geregeld moeten worden.¹²¹ Zoals in paragraaf 2.4 ook bleek, komen statutaire bepalingen over de invulling van het goedkeuringsrecht in de praktijk voor. Voor statutaire inkrimping van het goedkeuringsrecht lijkt mij geen plaats.

Afspraken over besluitvorming door de raad van commissarissen zijn mogelijk, zij het binnen smalle marges.¹²²

118 Zo blijkt uit de voordracht van Van den Hoek op het Groningse congres 'Ondernemingsrechtelijke contracten'. Zie: P.C. van den Hoek, *Variaties op de structuurregeling bij contract*, in: *Ondernemingsrechtelijke contracten* (Kluwer-Deventer 1991), blz. 81-93.

119 Van den Hoek, loc.cit. (noot 118), blz. 83.

120 Van den Hoek, loc.cit. (noot 118), blz. 84.

121 Van den Hoek, loc.cit. (noot 118), blz. 84.

122 Van den Hoek, loc.cit. (noot 118), blz. 85.

Vervolgens kunnen convenanten voorschriften bevatten omtrent de samenstelling en benoeming van de raad van commissarissen.¹²³ Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan kwaliteitseisen die aan kandidaat-leden voor de raad gesteld kunnen worden,¹²⁴ vervolgens aan het uitbreiden van bezwaargronden ex artikel 2:158 BW en het uitbreiden van de ontslaggronden ex artikel 2:161 BW.

Ook is denkbaar dat een nadere concretisering wordt gegeven van de benoemingsprocedure; hierover worden ook afspraken gemaakt met de (centrale) ondernemingsraad. Indien het aanbevelings- en bezwaarrecht tot hun recht komen, zullen dergelijke overeenkomsten niet snel in strijd met de wet zijn.¹²⁵ In hoofdstuk 9 komen overeenkomsten met de ondernemingsraad over inrichting van de medezeggenschap nader aan de orde (par. 9.3).

Over de rechtsgeldigheid van convenanten in het kader van de structuurregeling is de literatuur verdeeld. Van den Hoek acht dergelijke contracten geldig, in tegenstelling tot Van der Grinten, die van mening is dat over bevoegdheden die aan de vervulling van een vennootschappelijke functie zijn verbonden niet kan worden gedisponeerd daar dat in strijd is met de beginselen van het vennootschapsrecht.¹²⁶ Van den Hoek stelt, dat aan ten minste twee voorwaarden voldaan moet zijn. De vennootschappelijk functionaris die contracteert, moet het belang van de vennootschap dienen (en niet zijn eigen belang), en de binding via de overeenkomst dient niet in strijd te komen met de bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende organen zoals in wet in statuten vastgelegd.¹²⁷ De afdwingbaarheid van de hier besproken convenanten kan aan de orde komen in de procedure voor de Ondernemingskamer op grond van artikel 2:63f/158 BW¹²⁸; tot op heden heeft de

123 Zie over contractuele regelingen bij de benoeming van commissarissen paragraaf 2.3.2, en met name de bijdrage van Timmerman, loc.cit. (noot 40) en H.J.M.N. Honée in zijn Preadvies voor de Nederlandse Vereniging van Ondernemingsrechtadviseurs (Law & Practice-Deventer 1995), met name blz. 23.

124 De kwaliteitseis kan niet van dien aard zijn, dat de kring van personen die voldoet aan deze eis zo klein is, dat het aanbevelings- en beroepsrecht niet meer reëel is; de kring van kandidaten mag niet te zeer beperkt worden. Vergelijk Asser-Maeijer 2 III, nr. 354.

125 Van den Hoek, loc.cit. (noot 118), blz. 86.

126 Van den Hoek, loc.cit. (noot 118), blz. 87 alwaar de mening van Van der Grinten (met literatuurverwijzing) wordt weergegeven. Vergelijk ook het verslag van de discussie onder no. 6, blz. 129-132.

127 Van den Hoek, loc.cit. (noot 118), blz. 87.

128 Van den Hoek, loc.cit. (noot 118), blz. 89-90.

Ondernemingskamer zich nog niet uitgesproken over een commissarisconvenant.¹²⁹

-

¹²⁹ De Hoge Raad deed dat wel in de hiervoor (par. 2.3.2) besproken HVA-zaak.

OVERIGE MEDEZEGGENSCHAPSWET- EN REGELGEVING

3.1 Enquêterecht

Het enquêterecht¹ (artt. 2:344-359 BW) is van toepassing op commerciële rechtspersonen en stichtingen² en verenigingen die een onderneming in stand houden, en waarvoor krachtens wettelijke verplichting een ondernemingsraad moet worden ingesteld.³

Naast werknemersorganisaties (art. 2:347 BW)⁴ zijn aandeelhouders, certificaaathouders, leden (art. 2:346 BW) en onder omstandigheden de Procureur Generaal bij het Hof Amsterdam bevoegd een enquête te verzoeken

1 Voor de geschiedenis van het enquêterecht verwijs ik naar Asser-Maeijer 2 III, nrs. 515, 516.

2 Onbesproken laat ik het door invoering van het enquêterecht bij stichtingen ontstane samenloopprobleem; stichtingen kunnen op grond van art. 2:297 BW namelijk ook aan een onderzoek onderworpen worden, zie over dit punt: C.A. Boukema/A.F.M. Dorresteyn, Het enquêterecht in ontwikkeling, TVVS 1994, blz. 170.

3 Het enquêterecht is per 1 januari 1994 uitgebreid tot stichtingen en verenigingen, Stb. 1993, 597. Uit de wetsgeschiedenis blijkt (Tweede Kamer 1991-1992, 22 400, nr. 3, blz. 3), dat het criterium 'waarbij krachtens wettelijke verplichting een ondernemingsraad moet worden ingesteld' is opgenomen omdat er dan sprake is van een arbeidsorganisatie met een zekere omvang. In de wetsgeschiedenis wordt geen aandacht besteed aan de vraag of er daadwerkelijk een ondernemingsraad ingesteld moet zijn, of dat voldoende is dat hiertoe op grond van de WOR wettelijke verplichting bestaat. Uit de formulering 'waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld' kan worden afgeleid dat niet noodzakelijk is dat deze inderdaad bestaat; voldoen aan de voor instelling verplichte criteria uit de WOR is voldoende; in dezelfde zin: S.J. Witteveen, Het wetsvoorstel inzake uitbreiding van het enquêterecht, TVVS 1993, blz. 91.

Over de uitbreiding van het enquêterecht werd bijvoorbeeld gepubliceerd door A.G. van Solinge, NV 70 (1992), blz. 26-32; J.M.M. Maeijer, Nogmaals: uitbreiding van het enquêterecht, NV 70 (1992), blz. 116-119; Boukema/Dorresteyn, loc.cit. (noot 2), blz. 169-174.

4 In de uitspraak Janssen Pers, Hof Amsterdam (OK) 17 maart 1994, NJ 1995, 408; TVVS 1994, blz. 164-166 (commentaar IJsselmuiden); SR 1994, blz. 154-155 (commentaar Van het Kaar), maakte de Ondernemingskamer uit dat een vakorganisatie over de bevoegdheid beschikt om een enquête in te stellen bij concerngenoten van de rechtspersoon, in wiens onderneming personen werkzaam zijn die bij haar als lid zijn aangesloten.

(art. 2:345 lid 2).⁵ De bevoegdheid tot het uitlokken van een enquête kan statutair worden uitgebreid tot anderen, waaronder een ondernemingsraad. Aan de ondernemingsraad komt in principe niet de bevoegdheid toe een enquêteprocedure te entameren. Wel is de ondernemingsraad in die zin bij de procedure betrokken, dat de vakorganisatie die een enquêteverzoek doet op straffe van niet-ontvankelijk aan de ondernemingsraad de gelegenheid moet bieden schriftelijk zijn visie te geven (art. 2:349 lid 2 BW). Door de SER is uitgebreid aandacht besteed aan de vraag of de 'enquêtebevoegdheid' uitgebreid zou moeten worden tot ondernemingsraden; de SER was op dit punt verdeeld.⁶ Het belangrijkste argument van de voorstanders van toekenning van het enquêterecht aan de ondernemingsraad is, dat vakorganisaties slechts heel sporadisch gebruik maken van dit recht. De tegenstanders voeren als voornaamste bezwaar aan, dat de ondernemingsraad geen rechtspersoonlijkheid heeft, zodat de raad ook geen eigen vermogen heeft waar verhaal gezocht kan worden in het geval dat het enquêteverzoek niet op redelijke grond is gedaan (art. 2:350 en 354 BW). Door Van der Heijden is indertijd een tussenoplossing bedacht, die geen navolging heeft gekregen.⁷ Ook tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot wijziging en aanvulling van het enquêterecht is de enquêtegerechtigdheid van de ondernemingsraad aan de orde geweest. Dit heeft niet geresulteerd in uitbreiding van de enquêtegerechtigden.⁸

-
- 5 P.J.P. Verloop, De benaderde commissarissen en het enquêterecht, NV 71 (1993), blz. 79-81, bepleit toekenning van de enquêtebevoegdheid aan structuurcommissarissen.
- 6 SER-advies wijziging enquêterecht (SER-advies 88/14), blz. 68-73 alwaar een uitgebreid overzicht van de standpunten van voor- en tegenstanders. Over dit punt kon ook binnen de SER geen overeenstemming worden bereikt. Zo was de FNV, anders dan de CNV, geen voorstander van uitbreiding van het enquêtebevoegdheid tot ondernemingsraden. Voornaamste reden daarvoor is, dat de vakorganisaties het enquêterecht als drukmiddel hanteren; in dit kader wordt het ongewenst geacht, indien de ondernemingsraad en vakorganisaties onafhankelijk van elkaar over toepassing van het enquêterecht zouden kunnen beschikken, vergelijk: Agenda en verslag van de 514e vergadering van de Sociaal-Economische Raad gehouden op 21 oktober 1988, blz. 11.
- 7 Wanneer de representativiteit van de bonden laag is, is het niet redelijk om alleen de werknemersorganisatie het enquêterecht toe te kennen. In een dergelijk geval zou ook de ondernemingsraad het recht moeten hebben een enquête uit te lokken. Als rem op het te lichtvaardig nemen van een enquêtebesluit wordt een gekwalificeerde meerderheid van stemmen voorgesteld, zie P.F. van der Heijden, Enquêterecht daar waar de bonden zwak staan, OR-informatie 22-3-1989, blz. 13-15, 23.
- 8 Tweede Kamer 1991-1992, 22 400, nr. 3, blz. 4-5. De minister is van mening, dat de ondernemingsraad in de artikelen 2:349 en 353 lid 3 BW de ondernemingsraad al voldoende bij de procedure is betrokken; het belangrijkste argument is echter (zoals hier-

Het eerste gedeelte van de enquêteprocedure houdt in, dat een schriftelijk verzoek tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon wordt ingediend bij de Ondernemingskamer.⁹ Dit verzoek wordt door de Ondernemingskamer slechts toegewezen, indien er sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twifelen (art. 2:350 lid 1 BW). Uit de rechtspraak blijkt, dat het verschaffen van onjuiste of onvoldoende informatie door de leiding of het onvoldoende voeren van overleg gegronde redenen kan opleveren.¹⁰ Daarvan zal ook sprake kunnen zijn indien men besluit tot sluiting of inkrimping van een onderneming zonder dat men de alternatieven beschouwt.¹¹ In het kader van dit onderzoek zijn met name de volgende uitspraken van belang.

In de *Corocor*-zaak was sprake van zekerheidsstelling en betalingen door een Nederlandse dochtervennootschap jegens een buitenlandse moedermaat-

boven al genoemd), dat men wil voorkomen dat een enquêteverzoek te lichtvaardig wordt ingediend, de sanctie daarop in de artikelen 2:350 en 354 BW is niet aan ondernemingsraden op te leggen, daar deze rechtspersoonlijkheid missen.

Tijdens de parlementaire behandeling is er aandacht besteed aan de vraag of de ondernemingsraad zich kan richten tot de P-G met het verzoek een enquête te entameren. Deze mogelijkheid bestaat, maar de P-G behartigt bij zijn belangenafweging het openbaar belang, en dus niet specifiek het werknemersbelang; Tweede Kamer 1992-1993, 22 400, nr. 9, blz. 2. Zie voor rechtspraak bijvoorbeeld: Hof Amsterdam (OK) 17 maart 1983, NJ 1984, 462 (noot Maeijer), waar de P-G een enquêteverzoek indient na ontvangst van een brief van het personeel. De P-G achtte de continuïteit van de vennootschap en de door haar gedreven onderneming in gevaar.

- 9 Op grond van artikel 2:349a lid 2 BW kunnen onmiddellijke voorzieningen (voor de duur van het geding) getroffen worden op verzoek van indiener. Deze mogelijkheid is sinds 1 januari 1994 in boek 2 opgenomen bij de Wet tot wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête van 8 november 1993, Stb. 1993, 597. Inmiddels is van deze mogelijkheid gebruik gemaakt: Janssen Pers, Hof Amsterdam (OK) 17 maart 1994, NJ 1995, 408; SR 1994, blz. 154-155 (commentaar Van het Kaar); TVVS 1994, blz. 164-166 (commentaar IJsselmuiden); intrekking van een onmiddellijke voorziening: Kluft c.s./De Wit Beheer c.s., Hof Amsterdam (OK) 10 november 1994, TVVS 1995, blz. 18-19 (commentaar IJsselmuiden).

De vraag is gerezen of enquêtebeschikkingen bij voorraad uitvoerbaar verklaard kunnen worden. P. van Schilfgaarde, WPNR 6138 (1994), blz. 379-380, beantwoordt deze vraag bevestigend. Maeijer is een tegengestelde mening toegedaan, zie zijn noot onder VHS, HR 2 maart 1994, NJ 1994, 548.

- 10 BATCO, Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (noot Maeijer onder NJ 1980, 73); Ford, Hof Amsterdam (OK) 10 december 1981, NJ 1983, 24 (noot Maeijer).
- 11 Asser-Maeijer 2 III, nr. 527; over sluiting en inkrimping kom ik hieronder in hoofdstuk 7 nader te spreken.

schappij zonder duidelijke rechtsgrond. In verband daarmee werden voorlopige voorzieningen in kort geding toegewezen.¹²

Bij *Bobel* waren alle activa te gelde gemaakt, en zonder enige zekerheid uitgeleend binnen de groep; bovendien is ten gevolge van het gevoerde beleid de beursnotering tweemaal door de Vereniging voor de Effectenhandel geschorst, en heeft de externe accountant geweigerd een goedkeurende verklaring over het boekjaar af te geven. Deze omstandigheden geven aanleiding tot twijfel aan een juist beleid.¹³

In de *VHS*-zaak speelden onroerend goed transacties binnen een concern, waarbij onvoldoende zorgvuldigheid in acht was genomen bij scheiding van belangen tussen een bestuurder en de vennootschap.¹⁴

Inzake *Zinkwit I* was sprake van onjuiste jaarverslaglegging en het uitleenen van de opbrengst van de verkoop van een dochtervennootschap zonder het eisen van enige zekerheid. Deze omstandigheden vormden reden voor twijfel aan een juist beleid.¹⁵

Bij *Zinkwit II* speelde wederom het uitlenen van gelden binnen het concern, en stond de aankoop van een deelneming, zonder dat voldoende onderzoek was gedaan naar haar waarde, ter discussie; in de gegeven omstandigheden had Zinkwit een zelfstandig onderzoek moeten (laten) verrichten naar de waarde van de aandelen van deze deelneming.¹⁶

Bij *Text Lite* oordeelde de Ondernemingskamer dat er reden was om een enquêteverzoek toe te wijzen in het geval dat er aanzienlijke leningen in

12 Corocor, Pres. Rb. Dordrecht 28 april 1988, KG 1988, 228. Vergelijk over deze uitspraak F.J.P. van den Ingh, Intra-groepstransacties en de positie van minderheidsaandeelhouders, NV 72 (1994), blz. 16, alwaar ook onderstaande uitspraken inzake zekerheidsstellingen aan de orde komen.

13 Zie *Bobel*, Hof Amsterdam (OK) 2 januari 1992, NJ 1992, 329; HR 6 oktober 1993, NJ 1994, 300 (noot Maeijer); in de uitspraak van de Hoge Raad kwamen de zekerheidsstellingen niet nader aan de orde.

14 *VHS*, Hof Amsterdam (OK) 26 september 1991, NJ 1992, 310.

15 *Zinkwit I*, Hof Amsterdam (OK) 14 januari 1993, NJ 1993, 460. Van onjuiste verslaglegging was ook sprake bij *Holu Beheer BV*, de Ondernemingskamer oordeelde mede op deze grond dat er sprake was gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Het enquêteverzoek werd desondanks om andere redenen afgewezen: *Holu Beheer BV*, Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 1995, 0-nummer van JOR, blz. 7; TVVS 1996, blz. 22 (commentaar IJsselmuiden).

16 *Zinkwit II*, Hof Amsterdam (OK) 27 mei 1993, NJ 1993, 724; verwerving van een (i.c. Duitse) dochtervennootschap zonder voldoende onderzoek was ook aan de orde in de hieronder te bespreken *OGE*M-affaire.

rekening-courant aan directieleden zijn verstrekt, zonder dat daarvoor zekerheden zijn verschaft.¹⁷

Tenslotte werd ook bij *Verto* geoordeeld dat er sprake was van twijfel aan een juist beleid, omdat kort na de overname van een vennootschap (met enige groepsmaatschappijen) een zeer groot verlies wordt geleden dat het voortbestaan van *Verto* in gevaar bracht. In de gegeven omstandigheden is een verlies van dergelijke omvang reden voor twijfel aan het beleid.¹⁸

Nadat het enquêteverzoek is toegewezen, worden onderzoekers benoemd (art. 2:350 lid 3 BW). Van de uitkomst van hun onderzoek stellen de enquêteurs een verslag op, dat aan de P-G, de rechtspersoon en verzoekers wordt verstrekt (art. 2:353 lid 2). Op grond van artikel 2:353 lid 3 BW is de werknemersvereniging bevoegd om mededelingen uit het verslag aan de ondernemingsraad te doen, zonder machtiging van de voorzitter van de Ondernemingskamer.

Wanneer uit het verslag van de enquêteurs is gebleken dat sprake is van wanbeleid, dan kan de Ondernemingskamer voorzieningen treffen (art. 2:355 lid 1 BW). De voorzieningen zijn opgesomd in artikel 2:356 BW.¹⁹ In een aantal gevallen was er sprake van wanbeleid bij financieel-economische besluiten.

In de *Bredero-zaak*²⁰ betrof het de uitgifte van een obligatielening met warrants, het versluieren van de werkelijke gang van zaken en de geoorlooftheid van een sterfhuiskonstructie ten aanzien waarvan de algemene vergadering van aandeelhouders niet is geraadpleegd. Hiernaast kwamen ook onvolledigheden in de verslaglegging en de toelaatbaarheid van zekerheidsstellingen aan de orde.

17 Text Lite, Hof Amsterdam (OK) 6 januari 1994, NJ 1995, 119.

18 *Verto*, Hof Amsterdam (OK) 5 januari 1995, NJ 1995, 311 Juridische Up to Date 1995/4, blz. 4-7 (commentaar Bartman).

19 Het betreft: schorsing of vernietiging van een besluit van de rechtspersoon (sub a), schorsing of ontslag van een bestuurder (sub b), tijdelijke aanstelling van één of meer bestuurders of commissarissen (sub c), tijdelijke afwijking van de door de Ondernemingskamer aangegeven bepalingen van de statuten (sub d), tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer (sub e) of ontbinding van de rechtspersoon (sub f).

20 *Bredero*, Hof Amsterdam (OK) 7 januari 1988, NJ 1989, 827 (noot Macijer); TVVS 1988, blz. 311-313 (commentaar Slagter); SR 1988, blz. 90-91 (commentaar Sprenkers).

In de *OGEM-zaak*²¹ kwamen de verwerving en het bezit van eigen aandelen, de financiële rapportage en het stellen van zekerheden aan de orde. In deze zaak speelde niet zozeer de toelaatbaarheid van het verschaffen van zekerheden, maar lag de nadruk op de wijze waarop bestuurders en commissarissen hebben gehandeld bij het verschaffen van zekerheden.

Inzake *Text Lite*²² was sprake van een aantal aandelenemissie waarbij onder het mom van personeelsopties aandelen tegen een te lage koers bij derden werden geplaatst en de voorkeursrechten van bestaande aandeelhouders werden omzeild; door bestuurders en commissarissen is ten aanzien van deze emissies onjuiste informatie verstrekt. Ook werd het jaarrekeningenrecht op een aantal punten geschonden. Daarnaast was sprake van winstoverheveling naar een nevenvennootschap van bestuurders, werden vorderingen op debiteuren van de vennootschap door bestuurders in privé geïncasseerd, niet verantwoorde kasopnames gedaan en vond tenslotte geen zekerheidsstelling plaats voor rekening-courantschulden van bestuurders.

Samenloop van het enquêterecht en de Wet op de ondernemingsraden (WOR) is denkbaar, wanneer de ondernemer een adviesplichtig besluit (art. 25 WOR) neemt, waartegen door de ondernemingsraad beroep wordt ingesteld, terwijl datzelfde besluit de basis vormt van een door een werknemersorganisatie ingesteld enquêteverzoek. In de *FORD-zaak*²³ is door de Ondernemingskamer overwogen, dat de bevoegdheid van de ondernemingsraad om op grond van artikel 26 WOR beroep in te stellen, de bevoegdheid van de

21 OGEM, HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (noot Maeijer). M.J. van Vliet, Een beschouwing over de enquêteprocedure naar aanleiding van OGEM, WPNR 5983/5984 (1990), blz. 777-782; 801-805.

22 Text Lite, Hof Amsterdam (OK) 2 november 1995, gepubliceerd in het 0-nummer van JOR, blz. 26 (commentaar Van den Ingh).

23 FORD, Hof Amsterdam (OK) 10 december 1981, NJ 1983, 24 (noot Maeijer). In de uitspraak inzake BATCO kwam de verhouding tot artikel 36 WOR aan de orde: BATCO, Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, NJ 1980, 71. Zie over samenloop tussen de procedures ook Asser-Maeijer 2 III, nr. 519, M.G. Rood, Over samenloop van medezeggenschapsrechten, in: Arbeid in Kort Geding (Kluwer-Deventer 1983), blz. 89-107 en R.A.A. Duk, Enkele problemen in verband met de samenloop van geschillenregelingen in het medezeggenschapsrecht, in: Geschillen in de onderneming (Kluwer-Deventer 1984), blz. 51-59.

vakbonden om tegen hetzelfde besluit een enquête in te stellen onverlet laat.²⁴

Duidelijk is dat werknemersverenigingen via het enquêterecht invloed kunnen uitoefenen op het beleid van de onderneming op financieel-economisch terrein. Het enquêterecht is een krachtig middel, omdat er mee bereikt kan worden dat de ondernemingsleiding wordt vervangen en een ander beleid gevoerd moet worden in het geval dat er sprake blijkt van wanbeleid.²⁵

3.2 Jaarverslaglegging

3.2.1 Algemeen

In titel 9 van boek 2 BW zijn gedetailleerde voorschriften opgenomen voor de jaarverslaglegging door commerciële rechtspersonen (art. 2:360 BW).²⁶ Ook stichtingen en verenigingen die een onderneming in stand houden zullen in de (nabije) toekomst onder de werking van titel 9 vallen.²⁷

Een jaarrekening bestaat uit een balans, een winst- en verliesrekening en een toelichting (art. 2:361 lid 1 BW). De mate waarin de jaarrekening moet worden gespecificeerd, is afhankelijk van de omvang van de rechtspersoon. Onderscheiden wordt naar kleine, middelgrote en grote rechtspersonen (artt. 2:396, 2:397 BW).²⁸ Voorts kent boek 2 BW nog een bijzonder regime

24 De SER acht nadere regeling van de samenloopproblematiek niet noodzakelijk, daar de procedures niet identiek zijn; de werknemersorganisatie en de SER behartigen werknemersbelangen, maar vanuit verschillend gezichtspunt (SER-advies 1988/14, blz. 24).

25 M.G. Rood, *Bedrijfsdemocratie: vlag of lading* (Kluwer-Deventer 1979), blz. 16.

26 Daarnaast is titel 9 van toepassing op de in artikel 2:415 BW bedoelde banken, vgl. artikel 2:360 BW, *Rechtspersonen* (losbladig), artikel 360, aantekening 5.

27 Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de jaarrekening van stichtingen en verenigingen die een onderneming in stand houden, Tweede Kamer 1994-1995, 24 255.

28 Bij KB van 25 januari 1995, Stb. 1995, 50 zijn de grensbedragen verhoogd. De criteria zijn hierna opgenomen. Klein; als voldaan is aan twee van de volgende vereisten: balanstotaal kleiner dan 6 miljoen gulden; netto-omzet minder dan 12 miljoen gulden, minder dan 50 werknemers. Middelgroot; indien voldaan is aan twee van de volgende vereisten: balanstotaal niet groter dan 24 miljoen; netto-omzet niet meer dan 48 miljoen; aantal werknemers minder dan 250. Groot; als voldaan is aan twee van de volgende vereisten: balanstotaal groter dan 24 miljoen; netto-omzet meer dan 48 miljoen; aantal werknemers meer dan 250.

voor een vierde groep rechtspersonen, de vrijgestelde groepsmaatschappijen (art. 2:403 BW) en binnenkort dus een regeling voor commerciële stichtingen en verenigingen. Tevens zijn (op grond van Europese regelgeving) bepalingen c.q. afdelingen tot stand gekomen voor beleggingsinstellingen, banken en verzekeringsmaatschappijen.²⁹

Zoals in hoofdstuk 1 (par. 1.4) aan de orde kwam, hebben ondernemingsraden recht op verstrekking van financiële informatie. Ondernemers die een jaarrekening opstellen, leggen deze over aan hun ondernemingsraad. Ondernemers die niet jaarrekeningplichtig zijn, verstrekken de jaarstukken op grond van het Besluit 1985.³⁰ Ook daarin treft men betrekkelijk gedetailleerde voorschriften voor de inrichting van de balans en de staat van baten en lasten aan (artt. 9-12).³¹ Het Besluit 1985 blijft hier vrijwel onbesproken, daar het betrekking heeft op rechtsvormen die niet onder het bereik van dit onderzoek vallen.³²

3.2.2 *Commerciële rechtspersonen*

Inrichtingsvoorschriften

Rechtspersonen op wie de bepalingen van titel 9 van toepassing zijn, zijn verplicht een balans en een winst- en verliesrekening³³ op te maken.

29 Een overzicht kan gevonden worden bij: F. Krens, Ontwikkelingen in het jaarrekeningenrecht, NV 70 (1992), blz. 275-297.

30 Onder jaarstukken worden in het Besluit 1985 verstaan een balans en een staat van baten en lasten, beide met toelichting (art. 1 lid 1 sub c).

31 Inhoudelijk vertonen deze stukken sterke overeenkomst met de jaarrekening zoals deze wordt volgens de voorschriften van titel 9 wordt opgemaakt door 'kleine' rechtspersonen (zie hieronder).

32 Namelijk op ondernemers die zijn: natuurlijke persoon, maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap, EESV. Vergelijk over deze laatste rechtsvorm: A.F.M. Dorresteyn/J. Roest, Verstreking van jaarstukken aan ondernemingsraden. In het bijzonder bij joint ventures, EESV's en BV-CV's, in: Strijdige belangen in evenwicht (Wolters Noordhoff-Groningen 1992), blz. 100-104.

33 Coöperaties maken een exploitatierekening op, artikel 2:361 lid 2 BW, evenals in de toekomst commerciële stichtingen en verenigingen, zie Tweede Kamer 1994-1995, 24 255, het nieuwe artikel 2:361 lid 3 BW.

Op de balans moeten onder de post activa worden opgenomen de *immateriële vaste activa*³⁴, *materiële vaste activa*³⁵, *financiële vaste activa*³⁶, *vlootende activa*³⁷ en *liquide middelen*. Onder de post passiva moeten worden vermeld het *eigen vermogen*³⁸, *voorzieningen*³⁹ en *schulden*⁴⁰. Indien een rechtspersoon zich aansprakelijk heeft gesteld voor schulden van derden behoort dit expliciet aangegeven te worden; daarbij moeten verplichtingen die zijn aangegaan ten behoeve van groepsmaatschappijen vermeld worden (art. 2:376 BW).⁴¹

Voor de ondernemingsraad is met name van groot belang dat hij inzicht heeft in de schulden van de ondernemer; veel schulden wijzen op een zwakke financiële positie die de continuïteit van de onderneming in gevaar brengt. Ook is van belang of en in hoeverre de ondernemer zekerheden heeft afgegeven, daar kredietverleners soms aan die zekerheden invloed kunnen ontnemen.

Vergelijking tussen de eisen gesteld aan de balans van grote, middelgrote en kleine rechtspersonen leert, dat de inrichtingsvoorschriften voor de balans van middelgrote en grote (commerciële) rechtspersonen niet verschillen. Kleine rechtspersonen geven daarentegen over het algemeen slechts de totaalbedragen van de verschillende posten en behoeven deze niet nader te specificeren (art. 2:396 leden 2 en 3 BW).

In artikel 2:377 BW is opgenomen welke posten in de winst en verliesrekening (dan wel exploitatierekening⁴²) opgenomen moeten worden. Het betreft baten en lasten uit gewone bedrijfsuitoefening, de belastingen daarover;

34 Zoals: kosten van onderzoek en ontwikkeling; kosten van goodwill die van derden is verkregen (art. 2:365 BW).

35 Bijvoorbeeld: bedrijfsgebouwen, machines, administratieve uitrusting (art. 2:366 BW).

36 Hieronder worden onder andere verstaan: aandelen, certificaten van aandelen en andere vormen van deelneming in groepsmaatschappijen, deelnemingen, vorderingen op groepsmaatschappijen, effecten (art. 2:367 BW).

37 Artikelen 2:370-371 BW; tot de vlottende activa behoren bijvoorbeeld grond- en hulpstoffen, onderhanden werk; vereist is dat tot de vlottende activa behorende vorderingen apart aangegeven worden.

38 Artikel 2:373 BW.

39 Artikel 2:374 BW.

40 Afzonderlijk worden opgenomen: obligatieleningen, pandbrieven en andere leningen waarbij converteerbare leningen afzonderlijk worden vermeld; schulden aan kredietinstellingen; schulden aan leveranciers, schulden aan groepsmaatschappijen (voor een volledige opsomming: art. 2:375 BW).

41 Zie hieromtrent J.W. Winter, *Concernfinanciering* (Kluwer-Deventer 1992), blz. 178.

42 Artikel 2:361 lid 2 BW.

het resultaat uit gewone bedrijfsvoering na belastingen. Deze categorieën zijn in artikel 2:377 BW nader uitgesplitst.

Ook in de inrichtingsvoorschriften voor de winst- en verliesrekening treft men verschillen tussen de grote, middelgrote en kleine rechtspersonen aan. De grote rechtspersonen moeten de meest gespecificeerde winst- en verliesrekening opmaken; kleine en middelgrote rechtspersonen behoeven in vergelijking daarmee minder inzicht te verschaffen in de samenstelling van bedrijfsresultaat en omzet (artt. 2:396 lid 4 en 5 BW en 2:397 lid 3 en 4 BW).

De balans en winst- en verliesrekening zijn voorzien van een toelichting. In deze toelichting is het verloop van het eigen vermogen gedurende het boekjaar aangegeven (art. 2:378 BW), evenals gegevens omtrent deelnemingen (art. 2:379 BW)⁴³, bijdragen van de verschillende bedrijfstakken tot de netto-omzet (art. 2:380 BW), belangrijke financiële verplichtingen (art. 2:381 BW), het aantal werknemers (art. 2:382 BW) en ten slotte betalingen aan bestuurders en commissarissen.

In de artikelen 2:384-390 BW zijn voorschriften gegeven voor de methode waarop het resultaat van de rechtspersoon wordt bepaald en gewaardeerd. Vanzelfsprekend is het van belang voor de ondernemingsraad na te gaan op welke wijze dit geschiedt, en of wijzigingen in de waarderingsmethode plaats hebben gevonden, dit met het oog op een vertekening van het resultaat in verhouding tot het verleden. Ook is het voor de ondernemingsraad van belang na te gaan welke interne verrekenprijzen binnen een concern gehanteerd worden. In concernverhoudingen is nog van belang de uitbreiding die de Ondernemingskamer heeft gegeven aan artikel 2:377 BW ten aanzien van intragroepstransacties.⁴⁴ Ook is voor ondernemingsraden van belang te weten of binnen een concern voordelen overgeheveld worden.

Naast de jaarrekening dient een jaarverslag opgesteld te worden. De verplichting tot het opstellen van een jaarverslag geldt niet voor kleine NV's

43 Dergelijke gegevens ontvangt de ondernemingsraad tevens op grond van artikel 31 lid 2 sub d WOR.

44 Dufour, Hof Amsterdam (OK) 27 maart 1980, NJ 1981, 64 (noot Macijer). De ondernemingskamer overwoog, dat of en zo ja in hoeverre het resultaat is beïnvloed door de verhouding tussen moeder- en dochtermaatschappijen moet blijken uit de uiteenzetting die in de toelichting op de jaarrekening wordt gegeven omtrent de wijze waarop de prijzen van geleverde goederen en diensten worden vastgesteld. Vergelijk: Van den Ingh, loc.cit. (noot 12), blz. 19.

en BV's tenzij krachtens wettelijke verplichting een ondernemingsraad is ingesteld.⁴⁵ Het jaarverslag dient een getrouw beeld te geven van de financiële situatie op de balansdatum en de gang van zaken tijdens het boekjaar. Expliciet is vastgelegd in artikel 2:391 lid 3 BW dat het jaarverslag niet met de jaarrekening in strijd mag zijn. Tevens moeten mededelingen worden gedaan over de verwachtingen van de rechtspersoon, artikel 2:391 lid 2 BW. Gedacht moet hierbij worden aan investeringen, financiering en personeelsbezetting, en aan omstandigheden waarvan de ontwikkeling van de omzet en de rentabiliteit afhankelijk is.⁴⁶ Daarnaast moeten in het jaarverslag bijzondere gebeurtenissen worden opgenomen waarmee in de jaarrekening geen rekening gehouden hoeft te worden, maar die de verwachtingen hebben beïnvloed. Naast het jaarverslag voegt het bestuur 'overige gegevens' toe aan de jaarrekening, die nader zijn omschreven in artikel 2:392 BW. Met name van belang is dat melding gemaakt moet worden van degenen die een bijzonder statutair zeggenschapsrecht in de rechtspersoon hebben (een nadere uitwerking in lid 3 van artikel 2:392 BW), en een opgave van de gebeurtenissen na de balansdatum met belangrijke financiële gevolgen voor de rechtspersoon en de in de geconsolideerde jaarrekening betrokken maatschappijen.⁴⁷

Geconsolideerde jaarrekening

In de artikelen 2:405-414 BW zijn specifieke voorschriften gegeven voor de geconsolideerde jaarrekening; een jaarrekening waarin de activa, passiva, baten en lasten van de rechtspersonen en vennootschappen die een groep of groepsdeel vormen, als geheel worden opgenomen (art. 2:405 lid 1 BW). De hoofdregels voor consolidatie zijn gegeven in artikel 2:406 lid 1 en 2 BW.

45 Artikel 2:396 lid 3 BW is bij wet van 17 maart 1993, Stb. 261 op dit punt gewijzigd. Aangezien is vastgelegd dat de verplichting een jaarverslag op te stellen geldt indien een ondernemingsraad is ingesteld, laat ik de wetswijziging verder onbesproken. De tekst van deze bepaling wijkt af van die van artikel 2:153 lid 2 sub b BW; uit de kamerstukken (Tweede Kamer 1991-1992, 22 526, nr. 3, blz. 4), blijkt dat de formulering afwijkt om te voorkomen dat wanneer krachtens wettelijke verplichting een ondernemingsraad ingesteld moet worden, maar dit niet is gebeurd, de vrijstelling voor het opmaken van het jaarverslag zou blijven gelden.

46 Deze gegevens vertonen gelijkenis met de informatie die de ondernemingsraad op grond van artikel 31a lid 6 WOR ontvangt.

47 Verder zijn onder andere opgenomen: de accountantsverklaring, de statutaire regeling van de bestemming van de winst, (het voorstel tot) bestemming van winst c.q. verlies, opgave van het bestaan van nevenvestigingen en van de landen waarin deze zijn gevestigd.

Een rechtspersoon die aan het hoofd staat van een groep neemt in zijn jaarrekening naast zijn eigen gegevens, de gegevens op van zijn dochtermaatschappijen in de groep en andere groepsmaatschappijen.⁴⁸

Beleggingsinstellingen, kredietinstellingen en verzekeringsmaatschappijen
Voor *beleggingsinstellingen* geldt de regeling zoals opgenomen in artikel 2:401 BW. Beleggingsinstellingen dienen in aanvulling op titel 9 boek 2 BW te voldoen aan vereisten die zijn vastgelegd in de Wet toezicht beleggingsinstellingen (art. 1 van deze wet geeft een omschrijving). Op grond van deze laatste regeling gelden de vrijstellingen op grond van omvang als hierboven besproken niet.⁴⁹

De specifieke voorschriften voor de verslaglegging van *banken* zijn recentelijk opgenomen in de artikelen 2:415-426 BW.⁵⁰ Als banken worden (art. 2:415 BW) aangemerkt de op grond van artikel 52 Wet toezicht kredietwezen geregistreerde kredietinstellingen. De afwijkingen van de ingevolge titel 9 op te stellen jaarrekening zijn opgenomen in artikel 2:416 lid 1 BW. Zo blijken bijvoorbeeld de vrijstellingen op grond van omvang van de rechtspersoon niet van toepassing.

In 1993 is de regeling van de verslaglegging van *verzekeringsmaatschappijen* in onze wetgeving opgenomen.⁵¹ Onder een verzekeringsbedrijf wordt verstaan de rechtspersoon waarop artikel 72 Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 van toepassing is (art. 2:427 lid 1). In artikel 2:428 lid 1 BW is vastgelegd welke afdelingen van titel 9 van toepassing zijn. Ook hier zijn de vrijstellingen op grond van omvang van het bedrijf niet van toepassing. Voor de zeer gedetailleerde regeling voor de inrichting van de jaarrekening verwijs ik naar de artikelen 2:429-446 BW.

48 Voor specifieke informatie over de te verstrekken informatie verwijs ik naar H.F.J. Joosten, De geconsolideerde jaarrekening, NV 67 (1989), blz. 173-181, R.G.A. Vergoossen/M.H. Roos, Effecten van de nieuwe wetsbepalingen inzake de geconsolideerde jaarrekening op de verslaggeving van Nederlandse ondernemingen, NV 70 (1992), blz. 102-106, IJsselmuiden in Rechtspersonen (losbladig) artikel 406 en Asser-Maeijer 2 III nrs. 423-424 voor een korte samenvatting.

49 Zie verder: IJsselmuiden in Rechtspersonen (losbladig), artikel 401.

50 Stb. 1993, 258, ter uitvoering van de EEG-richtlijn betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen, PB EG nr. L 372 van 31 december 1986.

51 Stb. 1993, 517, ter uitvoering van de EEG-richtlijn betreffende de jaarrekening en geconsolideerde jaarrekening van verzekeringsondernemingen, PB EG nr. L van 31 december 1991.

3.2.3 Vrijgestelde groepsmaatschappijen

Een groepsmaatschappij is vrijgesteld van de verplichting een jaarrekening op te maken volgens de eisen van titel 9 boek 2 BW, indien is voldaan aan een aantal vereisten (art. 2:403 lid 1 BW).⁵² In verhouding tot de hierboven genoemde rechtspersonen kunnen vrijgestelde groepsmaatschappijen volstaan met een zeer summiere balans (art. 2:403 lid 1 sub a BW).⁵³ Op de winst- en verliesrekening hoeven vrijgestelde groepsmaatschappijen slechts een tweetal posten op te nemen: resultaat uit gewone bedrijfsvoering en buitengewoon resultaat (beide na belastingen) (art. 2:403 lid 1 sub a BW).

Een vrijgestelde groepsmaatschappij hoeft geen jaarverslag op te stellen en geen 'overige gegevens' te verstrekken (art. 2:403 lid 3 BW).

Een ondernemingsraad die is verbonden aan een vrijgestelde groepsmaatschappij ontvangt verreweg de minst informatieve jaarstukken. De geconsolideerde jaarrekening biedt in dit opzicht onvoldoende compensatie. Deze summiere informatie moet wel worden aangevuld op grond van artikel 31a lid 3 en 4 WOR dat de ondernemer verplicht tot verstrekking van groepsgegevens en gegevens over de eigen bijdrage van de groepsmaatschappij aan het totaalresultaat.

52 Voor vrijstelling gelden de volgende voorwaarden:

- De balans en de winst- en verliesrekening moeten voldoen aan een aantal minimumvoorwaarden inzake de inrichting (art. 2:403 lid 1 sub a BW);
- de leden of aandeelhouders hebben ingestemd met afwijking van de voorwaarden (art. 2:403 lid 1 sub b BW);
- de financiële gegevens van de vrij te stellen rechtspersoon zijn opgenomen in een geconsolideerde jaarrekening (zie hierboven) van een andere rechtspersoon (art. 2: 403 lid 1 sub c BW);
- de rechtspersoon of vennootschap die de vrij te stellen rechtspersoon heeft opgenomen in zijn geconsolideerde jaarrekening heeft zich schriftelijk hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de uit rechtshandelingen van de (vrij te stellen) rechtspersoon voortvloeiende schulden (art. 2:403 lid 1 sub f BW).

Met name de verklaring van aansprakelijkheidsstelling heeft (interpretatie)problemen opgeleverd. Voor een overzicht van de literatuur vergelijk men L.G.H.J. Houwen in: Aansprakelijkheid in concernverhoudingen (Kluwer-Deventer 1993), hoofdstuk 10 en H. Beckman, Dient artikel 2:403 BW (groepsregime) in huidige vorm te worden geschrapt?, in: Knelpunten in de vennootschapswetgeving (Kluwer-Deventer 1995), blz. 73-107, en H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen (Kluwer-Deventer 1995).

53 Alleen het totaalbedrag aan vaste activa, vlottende activa, eigen vermogen, voorzieningen en schulden wordt vermeld.

Desondanks was de Minister van oordeel in zijn adviesaanvraag aan de SER, dat de ondernemingsraad onvoldoende inzicht in het financiële reilen en zeilen van de onderneming kan verkrijgen.⁵⁴ De SER is in zijn advies over deze kwestie verdeeld. Een meerderheid is voor wijziging in die zin dat het informatierecht wordt uitgebreid.⁵⁵ Het kabinet blijkt in het Kabinetstandpunt geen voorstander te zijn van wijziging van het recht op financiële informatie, daar dit voor de betrokken bedrijven een aanmerkelijke administratieve lastenverzwaring met zich mee zou brengen. Opgemerkt wordt, dat onder de huidige wet de ondernemingsraad al aanspraak kan maken op deze informatie als die redelijkerwijze nodig is voor de vervulling van zijn taak.⁵⁶

Mijns inziens zou de ondernemingsraad die is verbonden aan een vrijgestelde groepsmaatschappij extra informatie moeten vragen op grond van artikel 31 lid WOR. Het is verdedigbaar dat inzicht in verleende kredieten en zekerheidsstellingen behoort tot de informatie, die de ondernemingsraad redelijkerwijze nodig heeft voor de uitoefening van zijn taak. In de toekomst zal de ondernemingsraad naar verwacht mag worden over deze informatie beschikken, daar het Kabinet voornemens is het adviesrecht ex artikel 25 WOR uit te breiden tot voorgenomen besluiten tot kredietverstrekking aan derden en zekerheidsstelling jegens schulden van derden.⁵⁷

3.2.4 Commerciële stichtingen en verenigingen

In de zomer van 1995 is bij de Tweede Kamer een wetsontwerp ingediend dat beoogt stichtingen en verenigingen die één of meer ondernemingen drijven onder de werkingssfeer van titel 9 boek 2 te brengen.⁵⁸ Het feit dat deze rechtsvormen niet ten doel mogen hebben winst uit te keren aan op-

54 SER-adviesaanvraag Minister Sociale Zaken en Werkgelegenheid over de Wet op de ondernemingsraden dd. 21 augustus 1989, blz. 4, waarin hij voorstelt om te bepalen dat jaarstukken van vrijgestelde groepsmaatschappijen ten minste moeten voldoen aan de voorschriften van het Besluit 1985; zie hierover A. Dorrestein in SR 1991, blz. 220 die betoogt dat het systematisch juister is vrijgestelde groepsmaatschappijen die gegevens op te laten maken die ook van 'kleine' rechtspersonen worden verlangd.

55 SER-advies 92/07, blz. 21-22.

56 Voornemen tot herziening van de Wet op de ondernemingsraden, Tweede Kamer 1994-1995, 24 132, nr. 1, blz. 11-12.

57 Kabinetstandpunt, blz. 9, zie nader hoofdstuk 8.

58 Tweede Kamer 1994-1995, 24 255, nr. 3, blz. 1. Voor een kritische bespreking van dit wetsvoorstel zij men verwezen naar: H. Beckman, Wetsvoorstel jaarrekening van commerciële verenigingen en stichtingen, TVVS 1995, 317-322.

richters of aan hen die deel uitmaken van hun organen c.q. leden, is geen reden om onderscheid te maken met andere rechtspersonen die wel jaarrekeningplichtig zijn; uit oogpunt van rechtsgelijkheid en eerlijke concurrentieverhoudingen is er juist veel voor te zeggen om deze rechtsvormen zoveel mogelijk onder hetzelfde rechtsregime te brengen.⁵⁹

Voor de omschrijving van het begrip 'commerciële stichtingen en verenigingen' wordt aangeknoopt bij het ondernemingsbegrip van de Handelsregisterwet, daar andere ondernemingsbegrippen minder goed bruikbaar zijn.⁶⁰

Titel 9 van boek 2 is van toepassing als de netto-omzet van de door de stichting of vereniging in stand gehouden onderneming op twee opvolgende balansdata 5 miljoen bedraagt (vergelijk art. 2:360 lid 3 BW).

3.2.5 Jaarrekeningprocedure

Wanneer blijkt dat de jaarrekening, het jaarverslag of de overige gegevens niet in overeenstemming zijn met de eisen die titel 9 daaraan stelt, kan iedere belanghebbende⁶¹ van de vennootschap vorderen dat zij haar jaarrekening inricht volgens bij rechterlijk bevel te geven aanwijzingen (art. 999 lid 1 Rv.). Deze vordering wordt bij dagvaarding gedaan bij de Ondernemingskamer (art. 1000 Rv.). De jaarrekeningprocedure strekt tot verbetering van de inrichting van de jaarrekening dan wel het jaarverslag en de overige gegevens. De Ondernemingskamer treedt niet in de vraag of de verstrekte gegevens feitelijk en juridisch juist zijn. De Ondernemingskamer toetst marginaal. Het in de jaarrekening gepresenteerde komt in principe ter beoordeling toe aan het hiertoe bevoegde orgaan van de rechtspersoon.⁶² De Ondernemingskamer gaat na, of de grens van het evident onredelijke dan wel evident onaanvaardbare niet is overschreden.⁶³

59 Tweede Kamer 1994-1995, 24 255, nr. 3, blz. 1.

60 Tweede Kamer 1994-1995, 24 255, nr. 3, blz. 2-3. Vergelijk over de keuze van het ondernemingsbegrip: C.A. Schwarz, Jaarrekeningplicht voor nijvere vereniging en stichting, WPNR 6180 (1995), blz. 301-302, die bepleit dat het wenselijk is om te komen tot een omschrijving van het begrip nijvere stichting en vereniging. Hij doet de volgende suggestie: die vereniging/stichting, die inkomsten verkrijgt op een andere wijze dan door schenkingen/subsidies/testamenteaire beschikkingen en rente op vermogen.

61 Ook de Procureur Generaal bij het Hof Amsterdam kan in het openbaar belang deze vordering instellen (art. 999 lid 2 Rv.).

62 Vergelijk Asser-Maeijer 2 III, nr. 446..

63 Asser-Maeijer 2 III, nr. 446.

Belangrijk is wie als belanghebbende in de zin van artikel 999 Rv. aangemerkt kan worden. Is dat een werknemer, een vakbond of de ondernemingsraad belanghebbende? De wet geeft hieromtrent geen uitsluitsel. In de rechtspraak is deze materie aan de orde geweest; onderscheid wordt gemaakt tussen 'personen die behoren tot de kring van bij de onderneming betrokkenen ter bescherming van wier belangen de jaarrekeningprocedure in het leven is geroepen'⁶⁴ en anderen.⁶⁵ Hij die tot de 'kring' behoort is in principe belanghebbende en kan alleen als niet-belanghebbende worden aangemerkt als de wederpartij in een procedure stelt (en bewijst), dat het niet wijzigen van de jaarrekening, gelet op de omstandigheden van het geval, geen nadeel voor hem in zijn betrokkenheid bij de onderneming kan opleveren.⁶⁶ Voor de anderen, zij die niet tot de kring van belanghebbenden behoren, geldt dat zij als belanghebbenden aangemerkt kunnen worden wanneer zij stellen (en indien noodzakelijk bewijzen), dat de inrichting van de jaarrekening op het door hen bestreden punt, met betrekking tot de onderneming een specifiek en concreet nadeel kan meebrengen, dat bij wijziging van de jaarrekening ongedaan wordt gemaakt, dan wel wordt verminderd.⁶⁷

Uit de jurisprudentie blijkt, dat werknemers uit hoofde van hun dienstbetrekking tot de kring van belanghebbenden behoren,⁶⁸ evenals de ondernemingsraden⁶⁹ en de vakorganisaties⁷⁰. Daarnaast (vergelijk par. 1.6.2) is het mogelijk dat de ondernemingsraad in kort geding tegen een jaarrekening opkomt.

64 Deze formulering werd voor het eerst gebruikt in de zaak Dodewaard, HR 26 juni 1985, NJ 1986, 307 (noot Maeijer).

65 Asser-Maeijer 2 III, nr. 442.

66 Van Schilfgaarde, BV en NV nr. 110; Asser-Maeijer 2 III, nr. 442; G.G.M. Bak/C.A. Boukema/D. W.O.A. Grosheide, rechtspraak jaarrekeningrecht, TVVS 1987, blz. 230-233; J.B. Huizink, Belanghebbende bij de jaarrekeningprocedure, WPNR 5874 (1988), blz. 288-289.

67 Van Schilfgaarde, BV en NV, nr. 110; Asser-Maeijer 2 III, nr. 442. Deze formule is ontleend aan de hiervoor genoemde zaak Dodewaard.

68 De Schelde, HR 20 mei 1987, NJ 1987, 973 (noot Maeijer).

69 BATCO, Hof Amsterdam (OK) 13 november 1980, NJ 1981, 258 (noot Maeijer); Howson Algraphy, Hof Amsterdam (OK) 26 juni 1986, NJ 1987, 976; BAT, Hof Amsterdam (OK) 25 april 1991, NJ 1992, 237.

70 Hof Amsterdam (OK) 14 april 1977, NJ 1978, 442; BATCO, Hof Amsterdam (OK) 13 november 1980, NJ 1981, 259 (noot Maeijer); Dodewaard, HR 26 juni 1985, NJ 1986, 307 (noot Maeijer).

3.3 SER-Fusiegedragsregels

3.3.1 Algemeen

De Fusiegedragsregels van de SER zijn in 1970 vastgesteld;⁷¹ herziening vond reeds plaats in 1971 en, zeer ingrijpend, in 1975.⁷² In 1990 werd de Fusiecode uitgebreid met regels met betrekking tot het partieel bod en het tenderbod.⁷³ De Fusiecode is, zoals de naam al doet vermoeden, een gedragscode en geen wet; de SER heeft niet de bevoegdheid om materiële wetgeving in het leven te roepen. Het karakter van de Code is zelfregulerend.⁷⁴ Hoofdstuk I van de Code bevat voorschriften ter bescherming van de belangen van aandeelhouders in geval van een openbaar bod. Dit openbaar bod kan zich voordoen in de vorm van een vast bod, een partieel bod, of een tenderbod. In Hoofdstuk II van de SER-Fusiegedragsregels is regelgeving opgenomen ter bescherming van de rechten van werknemers. In deze paragraaf richt ik mij op een aantal algemene aspecten van de SER-Fusiegedragsregels; in hoofdstuk 6 behandel ik de fusie en dus ook de Fusiecode.

3.3.2 Toepasselijkheid van de SER-Fusiegedragsregels

De bepalingen uit Hoofdstuk II van de Code zijn van toepassing op fusie van ondernemingen, ongeacht de rechtsvorm. Onder *fusie* blijkt te worden verstaan: verkrijging van zeggenschap, direct of indirect, over de activiteiten van de onderneming of een onderdeel daarvan (art. 14 lid 1 Fusiecode). Van

71 Nadat door de SER het Eerste advies inzake gedragsregels in acht te nemen bij het tot stand komen van fusies (SER-advies 1970/01) was uitgebracht; Het Tweede Advies inzake informatie aan de regering omtrent in overweging zijnde fusies volgde in 1971 (SER-advies 1971/05).

72 Voor een bespreking van de totstandkoming van de SER-Fusiegedragsregels verwijs ik naar Boukema, SER-Besluit Fusiegedragsregels (Rechtspersonen-Kluwer, losbladig), Inl. 1-4 en naar J.B.A. Hoyinck, Bescherming van aandeelhouders en werknemers: de SER-fusiecode, in: Fusies en Acquisities (Stenfert Kroese-Leiden 1994), blz. 254-279.

73 Vergelijk hieromtrent: J.B.A. Hoyinck, Tenderbod onder de kap van de Fusiecode, TVVS 1990, blz. 213-218; M.W. den Boogert, Partieel bod en tenderbod in SER-fusiegedragsregels, NV 69 (1991), blz. 231-235.

74 Vergelijk C.A. Boukema, Civielrechtelijke gevolgen van de SER-Fusiecode, in: Qui bene distinguit bene docet (Gouda Quint-Arnhem 1991), blz. 39-49 en M.J.G.C. Raaijmakers, Totstandkoming en rechtskarakter van de Fusiecode, in: De toekomst van de fusiegedragsregels (Tjeenk Willink-Zwolle 1992), blz. 1-22, en Asser-Maeijer 2 III, nr. 584.

verkrijging van zeggenschap is slechts sprake, wanneer deze verkrijging zich voltrekt in de vermogensrechtelijke sfeer.⁷⁵ Voor het verkrijgen van zeggenschap is niet van belang of iemand effectief ook de helft van de beslissingsmacht in handen heeft;⁷⁶ er wordt geen rekening gehouden met stemrechtbeperkingen.⁷⁷ Daarnaast dient de fusie een zekere duurzaamheid te hebben, en niet van tijdelijke aard te zijn.⁷⁸

Bij bestudering van de in artikel 14 lid 1 SER-Fusiegedragsregels gegeven definitie van het begrip *onderneming* valt op, dat aangesloten is bij de definitie van het begrip onderneming uit de WOR. De omschrijving wijkt in die zin af, dat er sprake moet zijn van bedrijfsuitoefening.⁷⁹ Daarnaast ontbreekt in de tekst van de Fusiecode de omschrijving 'in de maatschappij' terwijl tevens de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst niet verplicht is. De gedragsregels zijn alleen van toepassing, wanneer er bij de onderneming ten minste 100 werknemers werkzaam zijn.⁸⁰ Tevens zijn de gedragsregels van toepassing wanneer een onderneming deel uitmaakt van een samenstel van ondernemingen, artikel 15 lid 1 sub b Fusiecode.⁸¹

De SER-Fusiegedragsregels gelden niet, wanneer alle bij de fusie betrokken ondernemingen behoren tot één samenstel van ondernemingen (art. 15 lid 3 sub a Fusiecode)⁸², wanneer zij het gevolg is van vererving of huwe-

75 Commentaar bij het SER-besluit Fusiegedragsregels 1975, houdende gedragsregels in acht te nemen bij het voorbereiden en uitbrengen van een openbaar bod op aandelen en het tot stand brengen van fusies van ondernemingen (achtste druk SER-'s-Gravenhage 1993) onder redactie van J B A Hoyinck (verder Commentaar Fusiegedragsregels) blz 88.

76 Zie over het zeggenschaps criterium nader: hoofdstuk 6 (par. 6 2 3)

77 L. Timmerman, De reikwijdte van Hoofdstuk II van de fusiegedragsregels, in: De toekomst van de fusiegedragsregels (Tjeenk Willink-Zwolle 1992), blz. 111

78 Commentaar Fusiegedragsregels, blz 91

79 Verklaring hiervoor ligt in het feit, dat alleen het bedrijfsleven is vertegenwoordigd in de SER, vergelijk Timmerman, in De toekomst van de fusiegedragsregels (op.cit noot 76), blz 102

80 Ook hier ziet men een afwijking van de Wet op de ondernemingsraden. De WOR is immers al van toepassing wanneer er meer dan 10 werknemers werkzaam zijn, artikel 35b WOR

81 Onder samenstel van ondernemingen wordt verstaan twee of meer ondernemingen, over de activiteiten waarvan een zelfde natuurlijke of rechtspersoon, direct of indirect, de zeggenschap heeft, artikel 14 lid 1 SER-Fusiegedragsregels.

82 Met de formulering 'samenstel van ondernemingen' wordt bedoeld de feitelijke situatie waarin de zeggenschap over een aantal ondernemingen uiteindelijk in handen is van dezelfde (rechts)persoon, vergelijk het Commentaar Fusiegedragsregels, blz 125, 50-procent deelnemingen behoren tot het 'samenstel van ondernemingen' (Commentaar

lijksgemeenschap, artikel 15 lid 3 sub b SER-Fusiegedragsregels of wanneer de fusie niet tot de Nederlandse rechtssfeer behoort (art. 15 lid 3 sub c Fusiecode)⁸³. De werkingssfeer van de Fusiegedragsregels kan worden uitgebreid bij collectieve arbeidsovereenkomst. Door de Commissie voor Fusieaangelegenheden is uitgemaakt dat de SER-Fusiegedragsregels niet bij collectieve arbeidsovereenkomst kunnen worden beperkt.⁸⁴

3.3.3 Medezeggenschapsrechten op grond van de SER-Fusiegedragsregels

Artikel 18 van de SER-Fusiegedragsregels bevat de belangrijkste bepalingen uit het oogpunt van medezeggenschap van werknemers. Wanneer de fusiebesprekingen zo ver zijn gevorderd dat overeenstemming mag worden verwacht, worden de vakorganisaties hiervan in kennis gesteld (art. 18 lid 1 SER-Fusiegedragsregels). De bepaling van het tijdstip van de 'gewettigde verwachting' is niet altijd gemakkelijk. Het moment van 'gewettigde verwachting' dat overeenstemming wordt bereikt, is gelegen voor het moment van wilsovereenstemming tussen partijen (waarbij de fusie dus al een feit is).⁸⁵ Onduidelijkheid over het moment van overeenstemming bestaat onder andere in het geval, dat beide partijen een *letter of intent* opstellen; deze moet hierom ondubbelzinnig zijn.⁸⁶

Op grond van artikel 18 lid 3 Fusiegedragsregels moeten de vakorganisaties informatie ontvangen; tenzij anders is overeengekomen wordt de informatie schriftelijke verstrekt. Informatie wordt met name aan de vakorganisaties verschaft, opdat zij zich een oordeel kunnen vormen over de wenselijkheid van de fusie. Inlichtingen moeten allereerst gegeven worden over de motieven voor de fusie, en de plannen voor het te voeren beleid in de onderneming. Vervolgens moet informatie worden verstrekt over de sociale, juridische en economische gevolgen van de fusie, en de in samenhang hiermee te nemen maatregelen. Tot de informatie over economische gevolgen

Fusiegedragsregels blz. 126).

83 Zie voor concretisering van dit criterium het Commentaar Fusiegedragsregels blz. 134 e.v.; vergelijk ook L. Timmerman in de bundel 'De toekomst van de fusiegedragsregels' op.cit. (noot 76), hoofdstuk 4, blz. 121, 122.

84 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 120.

85 Vergelijk voor uitspraken van de Commissie voor Fusieaangelegenheden het Commentaar Fusiegedragsregels blz. 163-172. Ook: C.AE. Uniken Venema, Beschouwingen betreffende de 'Code-Procedure' zoals geregeld in de artikelen 18 en 20 van de Fusiecode, in: De toekomst van de fusiegedragsregels (hoofdstuk 5), blz. 137 e.v.

86 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 171.

die gegeven moet worden, kunnen bijvoorbeeld beleidsvoornemens over investeringen behoren.⁸⁷ In de praktijk blijkt de nadruk bij informatieverstrekking te liggen op het sociale beleid.⁸⁸ In lid 5 van artikel 18 Fusiecode is een recht op aanvullende informatie vastgelegd.

In artikel 18 lid 2 Fusiecode is een geheimhoudingsplicht vastgelegd; deze heeft zowel betrekking op de kennisgeving van artikel 18 lid 1, als ook op de op grond van artikel 18 lid 3-5 Fusiecode verstrekte informatie.⁸⁹

Op grond van artikel 18 lid 4 SER-Fusiegedragsregels hebben de vakorganisaties recht op overleg; dit overleg moet plaatsvinden voordat de fusie een feit is. In de Fusiecode is een aantal aangelegenheden vastgelegd, waarover in ieder geval overleg plaats dient te vinden. Hiertoe behoren de grondslagen van het in verband met de fusie te voeren ondernemingsbeleid; daarbij moet aandacht worden besteed aan de economische aspecten. Lid 4 van de Fusiecode bevat ook het voorschrift dat overleg gepleegd moet worden over het moment waarop het krachtens de WOR met de ondernemingsraad voorgeschreven overleg gevoerd moet worden (vergelijk over mogelijke samenloop par. 6.7 hieronder). Vanzelfsprekend is het overlegrecht één van de belangrijkste rechten van vakorganisaties uit de Fusiecode.⁹⁰

In geval van een (onvriendelijk) openbaar of onderhands bod, worden de vakorganisaties ingelicht en geraadpleegd op grond van het in artikel 20 SER-Fusiegedragsregels bepaalde.⁹¹ Aangezien in dit geval juist geen 'gewettigde verwachting' zal ontstaan, zijn de leden 3-5 van artikel 18 Fusiecode van overeenkomstige toepassing op het moment dat de bieder de in het bod op te nemen prijs of ruilverhouding vaststelt. Op grond van artikel 20 lid 2 SER-Fusiegedragsregels dient de bieder het bestuur van de NV van de aandelen waarop een bod wordt uitgebracht, minimaal 15 dagen voordat het bod wordt uitgebracht schriftelijk in kennis te stellen. Dit bestuur stelt vervolgens op grond van artikel 20 lid 3 SER-Fusiecode de vakorganisaties in kennis; voordat hij zijn standpunt ten aanzien van het op

87 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 186. Door de Commissie voor Fusieaangelegenheden is uitgemaakt dat onzekere gebeurtenissen, die van invloed kunnen zijn op het verloop van de fusiebesprekingen, en het besluit tot fusie die informatieplicht onverlet laten. Aan de herhaalde verzoeken om informatie door de vakorganisaties had derhalve gehoor gegeven behoren te worden (93e Verslag Fusiecode).

88 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 186.

89 Een en ander is uitgewerkt in Asser-Maeijer 2 III, nr. 604.

90 Zie nader Asser-Maeijer 2 III, nr. 603.

91 Asser-Maeijer 2 III, nr. 605.

de NV uitgebrachte bod openbaar maakt, geeft hij uitvoering aan de voorschriften uit artikel 18 lid 3-5 Fusiegedragsregels.

Een geheimhoudingsplicht met betrekking tot de aan de vakorganisaties te verstrekken informatie is vastgelegd in artikel 20 lid 4 Fusiecode. Hieronder (par. 6.5) komt de onvriendelijke overname aan de orde en dus ook artikel 20 SER-Fusiecode.

Wanneer de gedragsregels niet worden nageleefd heeft de Commissie voor Fusieaangelegenheden twee sanctiemogelijkheden. Een openbare berisping en een openbare kennisgeving (art. 32 Fusiecode). Dergelijke sancties hebben voornamelijk een preventief karakter.

3.3.4 Toekomst van de SER-Fusiegedragsregels

Voor het fusierecht, en dus ook voor de toekomst van de SER-Fusiecode, is Europeesrechtelijke regelgeving van belang. Men denke aan de Wet melding zeggenschap, een uitvloeisel van een Europese richtlijn; de dertiende richtlijn⁹² en de Concentratieverordening.⁹³

Met name de mogelijke invoering van de dertiende richtlijn, doet de vraag rijzen wat de toekomst zou moeten zijn van de Fusiegedragsregels. Vooropgesteld moet worden dat op dit moment niet duidelijk is of, wanneer, en in welke vorm de dertiende richtlijn in werking zal treden. Er wordt wel de gedachte geuit om de SER-Fusiecode af te schaffen. Aangezien de dertiende richtlijn met name gevolgen heeft voor Hoofdstuk I van de Fusiecode (gedragsregels ter bescherming van aandeelhouders), is te verdedigen dat alleen dit eerste Hoofdstuk verdwijnt, en Hoofdstuk II wordt gehandhaafd. Een vraag die dan rijst, is in welke vorm men deze regelgeving in stand houdt.⁹⁴ Uniken Venema heeft voorgesteld om Hoofdstuk II onder te brengen in de WOR;⁹⁵ inmiddels is hij op deze gedachte teruggeko-

92 Gewijzigd voorstel voor een dertiende richtlijn van de Raad inzake het vennootschapsrecht betreffende het openbare bod tot verwerving, PB EG nr. C. 240 van 26 september 1990, blz. 7.

93 Aan de mededingingsrechtelijke problemen die zich ook bij fusies voordoen, en de wellicht ook in Nederland noodzakelijke preventieve materiële fusiecontrole wordt in dit onderzoek geen aandacht besteed.

94 Vergelijk M.J.G.C. Raaijmakers in Herziening van de Fusiecode (Tjeenk Willink-Zwolle 1994), deel I, hoofdstuk 1.

95 C.AE. Uniken Venema, Beschouwingen betreffende de 'Code-Procedure' zoals geregeld in de artikelen 18 en 20 van de Fusiecode; opgenomen in de bundel 'De toekomst van de fusiegedragsregels', op.cit. (noot 85), blz. 125-191, met name blz. 189-191.

men.⁹⁶ Voorgesteld wordt nu om de huidige Fusiecode in die zin te wijzigen dat Hoofdstuk I (gedragsregels ter bescherming van aandeelhouders) naar een andersoortige regeling (Regeling Openbare Biedingen) wordt overgebracht, die steun vindt in de Wet Toezicht Effectenverkeer.⁹⁷ Hoofdstuk II van de huidige Code zou in deze opzet de *Fusiecode nieuwe stijl* gaan vormen, tezamen met de voorschriften uit Hoofdstuk IV. Hoofdstuk II (te vernummeren tot Hoofdstuk I) zou dan, net als in de huidige SER-Fusiegedragsregels, de 'gedragsregels ter bescherming van de werknemers' bevatten.⁹⁸ Het toezicht op naleving van de nieuwe Fusiecode zou opgedragen moeten worden aan een meer onafhankelijke instantie dan de Commissie voor Fusieaangelegenheden.⁹⁹ Naast deze wijzigingen in de structuur van de regelgeving wordt ook nog een groot aantal knelpunten geconstateerd in de huidige SER-Fusiegedragsregels. Hiervoor dragen Raaijmakers en Uniken Venema mogelijke oplossingen aan.¹⁰⁰ Een van de voorgestelde wijzigingen is een aanpassing van het fusiebegrip uit de Fusiegedragsregels aan het 'zeggenschaps criterium' uit artikel 25 lid 1 sub a en b WOR.¹⁰¹

Inmiddels zijn voorstellen tot wijziging van de Fusiecode voorgelegd aan de SER; deze voorstellen zijn gebaseerd op de ideeën van Raaijmakers en Uniken Venema.¹⁰²

96 C.A.E. Uniken Venema in: M.J.G.C. Raaijmakers/C.A.E. Uniken Venema, *Herziening van de Fusiecode* (Tjeenk Willink-Zwolle 1994), blz. 301-394.

97 Deze gedachten zijn door Raaijmakers ontwikkeld, *Herziening van de Fusiecode* (op.cit. noot 96), Deel I, hoofdstuk 7 alwaar een samenvatting en een aantal aanbevelingen.

98 Zie Uniken Venema, *Herziening van de Fusiecode* (op.cit. noot 96), Deel II, waar hij hoofdstuk III een eerste ontwerp van een *Fusiecode nieuwe stijl* geeft, vergelijk blz. 315-329.

99 Vergelijk Uniken Venema, *Herziening van de Fusiecode* (op.cit. noot 96), hoofdstuk II.

100 Een uitgebreide bespreking van de voorstellen kan gevonden worden in: J.W. Winter, *Herziening van de Fusiecode naar Tilburgs model*, TVVS 1994, blz. 316-320.

101 Zie met name "Herziening van de Fusiecode" (op.cit. noot 96), blz. 306-307.

102 D.C. Buijs, *Herziening van de Fusiecode*, TVVS 1995, blz. 126-127. Inmiddels is een ontwerp-advies van de SER opgesteld (Bron: het Financieele Dagblad dd. 13 en 15 januari 1996; de SER bepleit hierin om de Fusiegedragsregels een wettelijke grondslag te geven. Bovendien is de raad van mening, dat Hoofdstuk 1 van de Code ondergebracht moet worden in een aparte wettelijke regeling.

3.4 Artikelen 7A:1639aa-dd BW

De artikelen 7A:1639aa-dd BW zijn in 1981 in werking getreden, en vormen de implementatie van de 'Richtlijn inzake de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten betreffende het behoud van rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan'.¹⁰³ In september 1994 is een voorstel tot wijziging van de richtlijn ingediend,¹⁰⁴ waardoor met name de formulering 'overgang van de onderneming' wordt aangescherpt.¹⁰⁵

Op grond van de artikelen 7A:1639aa-dd BW gaan, in geval van overgang van een onderneming (of een gedeelte daarvan), de rechten en verplichtingen welke op dat tijdstip voor de werkgever van een onderneming uit een arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer voortvloeien, van rechtswege over op de verkrijger van de onderneming. Onder overgang van de onderneming blijkt verstaan te worden: overgang ten gevolge van een overeenkomst (art. 7A:1639aa BW).¹⁰⁶ De regeling is met name van belang bij fusie of verkoop van ondernemingen. Als bezwaar van de regeling

103 PB EG nr. L 61 van 5 maart 1977, blz. 26 zie hierover: W.J.P.M. Fase, De Wet overgang van ondernemingen en de rechtspositie van de betrokken werknemers, SMA 1983, blz. 346-370; voor meer recente literatuur verwijs ik naar twee bijdragen van A.M. Luttmer-Kat, Rechten van werknemers bij overgang van onderneming, TVVS 1994, blz. 1-6, Wanneer is er sprake van overgang van onderneming?, TVVS 1994, blz. 197-201 en M.J. van Vliet, Overgang van een onderneming (Kluwer-Deventer 1994).

104 Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Statens betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, PB EG nr. C 274 van 1 oktober 1994, blz. 10. Zie over dit voorstel P.W. van Straalen, Overgang van ondernemingen, TVVS 1995, blz. 12-13; H. Ziemons, Der Vorschlag zum Änderung der Betriebsübergangsrichtlinie - ein Trojanisches Pferd?, ZIP 1995, blz. 1805-1808. Het advies van het Economische en Sociaal Comité is verschenen in PB EG nr. C 133 van 31 mei 1995, blz. 13.

105 Een nieuwe regeling wordt bijvoorbeeld voorgesteld voor de overgang van insolvente ondernemingen. Zie hierover: W.J. Oostwouder, Nieuwe mogelijkheden voor 'contracting out services' en voor overdracht van insolvente ondernemingen, SMA 1996, blz. 14-17.

106 Vergelijk over overgang van een onderneming in geval van het stopzetten van een subsidie, waarna de activiteiten door een andere stichting worden overgenomen: Van Vliet, op.cit. (noot 103), blz. 47-48 en 62-65. In dit verband wordt gewezen op Ktg. Amsterdam 10 oktober 1991, JAR 1992, 56 en Ktg. 's-Gravenhage 25 september 1992, JAR 1992, 95.

wordt wel aangemerkt, dat deze een fusie zou bemoeilijken en de belangen van werknemers niet voldoende beschermt.¹⁰⁷

De artikelen 7A:1639aa BW hebben geen betekenis in geval van aandelenfusie, omdat het bedrijf niet wordt overgedragen, maar slechts de aandelen in de vennootschap die de onderneming in stand houdt. In geval van bedrijfsfusie zijn de artikelen daarentegen wel van toepassing, daar er sprake is van een overgang van de bedrijfsorganisatie. Bij juridische fusie is er sprake van vermogensovergang onder algemene titel, zodat ook de rechten en verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten overgaan op de verkrijger. In het algemeen wordt aangenomen, dat artikel 7A:1639aa-dd BW daarom geen toepassing kan vinden bij juridische fusie.¹⁰⁸

De regeling biedt geen mogelijkheden voor werknemers om het fusiebesluit te beïnvloeden en dus ook geen medezeggenschapsrechten voor werknemers(vertegenwoordigers). Om deze reden laat ik de bepalingen verder onbesproken.¹⁰⁹ In hoofdstuk 7 komt de regeling nader aan de orde bij de concretisering van de formulering 'gedeelte van de onderneming'.

3.5 Collectieve arbeidsovereenkomst

Op grond van artikel 32 lid 1 WOR kunnen bij collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) de bevoegdheden van de bij de overeenkomst betrokken ondernemingsraad of ondernemingsraden worden uitgebreid.¹¹⁰ Door het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is in 1994 onderzoek verricht naar het in de praktijk voorkomen van ondernemingsraadbevoegdheden in CAO's.¹¹¹

107 Wanneer de verkrijger niet alle arbeiders van te verkrijgen onderneming in dienst wil krijgen, wordt wel als voorwaarde voor de fusie het ontslag van werknemers bedongen; Handboek, nr. 401.

108 Raaijmakers, Rechtspersonen, art. 314, aantekening 4 sub a; Van Schilfgaarde, BV en NV, nr. 129 en Sanders/Westbroek, blz. 523; G. van Solinge, Grensoverschrijdende juridische fusie (Kluwer-Deventer 1994), blz. 88, is van mening, dat de rechten en verplichtingen uit arbeidsovereenkomst op grond van de fusiewet en/of de artt. 7A:1639aa BW overgaan op de verkrijgende vennootschap.

109 Ik verwijs naar Van Vliet, Overgang van een onderneming (op.cit. noot 103).

110 Zie overigens over de verhouding WOR-CAO: A.J.T.M. Jacobs, De bevoogding van de ondernemingsraad, SMA 1991, blz. 709-719.

111 Ministerie van SoZaWe, OR-bevoegdheden in CAO's 1994 (VUGA-'s-Gravenhage 1994), verder OR-bevoegdheden in CAO's 1994. Ook in 1988 was door het Ministerie een soortgelijk onderzoek uitgevoerd.

In dit onderzoek zijn 100 CAO's geanalyseerd. Daarbij zijn twee aspecten onderzocht: in hoeverre bevatten collectieve arbeidsovereenkomsten bepalingen over diverse onderwerpen die tevens aandacht schenken aan de positie en rol van de ondernemingsraad, en in hoeverre worden in collectieve arbeidsovereenkomsten regelingen getroffen inzake de formele rechten en bevoegdheden van de ondernemingsraad.¹¹²

Uit dit onderzoek blijkt, dat collectieve arbeidsovereenkomsten regelmatig bepalingen bevatten omtrent bevoegdheden van de ondernemingsraad. Daarbij worden ook de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad bij financieel-economische besluiten uitgebreid.¹¹³ Zo werden in een aantal collectieve arbeidsovereenkomsten regelingen opgenomen voor de rol van de ondernemingsraad in geval van een reorganisatie en fusie.¹¹⁴

In een drietal collectieve arbeidsovereenkomsten is het informatierecht (art. 31 lid 1 WOR) uitgebreid doordat men de beperking 'die de ondernemingsraad redelijkerwijs nodig heeft voor de vervulling van zijn taak' heeft laten vervallen.¹¹⁵

Daarnaast is in een vijftal CAO's vastgelegd dat in plaats van een samenvatting van de begroting (art. 31a lid 7 WOR) de (totale) conceptbegroting door de ondernemer verstrekt moet worden. Aangezien deze conceptbegroting ook met de ondernemingsraad besproken moet worden is het overlegrecht (art. 23 WOR) dus op dit punt uitgebreid.¹¹⁶ In één geval werd een adviesrecht (art. 25 WOR) over de concept-begroting vastgelegd in een CAO.¹¹⁷

112 OR-bevoegdheden in CAO's 1994, blz. 5.

113 Overigens worden in de collectieve arbeidsovereenkomsten met name bepalingen aangetroffen waarin de ondernemingsraad een rol krijgt bij aangelegenheden die betrekking hebben op de arbeidsvoorwaarden, zie OR-bevoegdheden in CAO's 1994, blz. 30-37, 45

Er zijn ook bepalingen opgenomen waarin de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad worden beperkt. In het onderzoek wordt aangenomen dat deze bepalingen niet ten doel hebben de wettelijke bevoegdheden van de ondernemingsraad in te perken, maar veelal het gevolg zijn van slordige formulering. Overigens is het niet mogelijk bij CAO dwingende wetgeving terzijde te stellen, zie blz. 110 van het onderzoek.

114 OR-bevoegdheden in CAO's 1994, blz. 20, 21.

115 OR-bevoegdheden in CAO's 1994, blz. 57.

116 OR-bevoegdheden in CAO's 1994, blz. 57.

117 OR-bevoegdheden in CAO's 1994, blz. 66.

Ook werd in een aantal CAO's het overleg- en adviesrecht bij inschakeling van externe deskundigen (over aangelegenheden die niet onder artikel 25 WOR vallen) uitgebreid.¹¹⁸

In een zevental CAO's werd de ondernemingsraad invloed toegekend in de samenstelling van het bestuur (waarbij niet wordt bedoeld op het bestuur in de zin van de WOR).¹¹⁹

118 OR-bevoegdheden in CAO's 1994, blz. 66.

119 Zie OR-bevoegdheden in CAO's 1994, blz. 81-82.

DUITSE MEDEZEGGENSCHAPSWETGEVING

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een overzicht gegeven van de Duitse medezeggenschapswetgeving. De behandeling zal plaatsvinden aan de hand van het in de Duitse medezeggenschapswetgeving bestaande onderscheid tussen medezeggenschap op bedrijfs- en ondernemingsniveau. Op een aantal gebieden is de scheiding tussen de beide systemen niet strikt, en ontlenen werknemers(vertegenwoordigers) zowel medezeggenschapsrechten aan wetgeving op ondernemings- als bedrijfsniveau.¹

Op bedrijfsniveau worden de belangen van werknemers (met name) behartigd door de *Betriebsrat* (bedrijfsraad). De bevoegdheden van deze bedrijfsraad zijn vastgelegd in het *Betriebsverfassungsgesetz*. Op ondernemingsniveau wordt medezeggenschap uitgeoefend in de *Aufsichtsrat*, een toezichthoudend orgaan dat sterk vergelijkbaar is met de Nederlandse raad van commissarissen. Bij bepaalde rechtsvormen die ook aan een aantal kwantitatieve criteria moeten voldoen, is een *Aufsichtsrat* verplicht, en nemen er werknemersvertegenwoordigers zitting in. De medezeggenschap op ondernemingsniveau is in verschillende wettelijke regelingen vastgelegd, waaronder een sectorgebonden regeling, het *Montan-Mitbestimmungsgesetz*.

Werknemers(vertegenwoordigers) ontlenen hun medezeggenschapsrechten met name aan de hier te bespreken wetgeving. Daarnaast kunnen medezeggenschapsrechten worden opgenomen in collectieve arbeidsovereenkomsten (*Tarifverträge*) en worden *Betriebsvereinbarungen* (bedrijfsovereenkomsten) gesloten.

Het plan van behandeling is als volgt. Allereerst wordt de geschiedenis van deze regelingen geschetst, en wordt aandacht besteed aan het verschil tussen medezeggenschap op bedrijfs- en ondernemingsniveau (par. 4.2). Vervolgens wordt in paragraaf 4.3 de medezeggenschap op bedrijfsniveau besproken,

1 Vergelijk F. Auffarth, Zur Bedeutung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972 für eine paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene, RdA 1976, blz. 2-5; bijvoorbeeld op het gebied van medezeggenschap in economische aangelegenheden op grond van het *Betriebsverfassungsgesetz* 1972 bestaat er ook medezeggenschap op ondernemingsniveau.

terwijl in paragraaf 4.4 de medezeggenschap op ondernemingsniveau aan de orde komt. Medezeggenschapsovereenkomsten behandel ik in paragraaf 4.5 en de collectieve arbeidsovereenkomst (*Tarifvertrag*) in paragraaf 4.6. Het hoofdstuk wordt besloten met een samenvatting (par. 4.7). Na de algemene bespreking van het Duitse medezeggenschapsrecht in dit hoofdstuk, richt ik mij in hoofdstuk 10 specifiek op de medezeggenschapsrechten die werknemers(vertegenwoordigers) in Duitsland toekomen bij financieel-economische besluiten.²

4.2 Medezeggenschapsregelingen in Duitsland, een verkenning

Geschiedenis van de medezeggenschapswetgeving

De grondslag voor medezeggenschap op bedrijfsniveau werd in 1920 gelegd door het *Betriebsrätegesetz*. Deze wet werd in 1934 na de machtsovername van de nationaal-socialisten buiten werking gesteld. Na de tweede wereldoorlog trad nieuwe wetgeving met betrekking tot de medezeggenschap van werknemers in werking; in 1952 kwam het *Betriebsverfassungsgesetz* tot stand, waarin regelgeving was opgenomen voor invloedsuitoefening van werknemers(vertegenwoordigers) op bedrijfsniveau. In 1972 werd deze wet, op de bepalingen over medezeggenschap op ondernemingsniveau na, vervangen door een nieuwe *Betriebsverfassungsgesetz*.

Naast een (nieuwe) regeling van de medezeggenschap op bedrijfsniveau, ontstond er vlak na de tweede wereldoorlog ook wetgeving die voorzag in medezeggenschap op ondernemingsniveau.³ Deze ontwikkeling kan worden verklaard uit de moeilijke positie waarin de leiders van de Duitse industrie zich na de tweede wereldoorlog bevonden. Om hun bedrijven te redden, stemden ze in met de eerste wet die regelgeving gaf op het gebied van de medezeggenschap, het *Montan-Mitbestimmungsgesetz*, dat in 1951 tot stand kwam. Een belangrijk argument voor medezeggenschap op ondernemingsniveau was de controle die men wilde kunnen uitoefenen op het beleid van directies van grote ondernemingen. Deze wens speelde met name ten aanzien van de ijzerindustrie (*Montan-Industrie*), omdat men hier vrij gemakkelijk

2 Anders dan in hoofdstuk 10 waar de vergelijking tussen het Duitse en Nederlandse recht in een aparte paragraaf plaatsvindt, heb ik hier gekozen voor directe vergelijking; opmerkelijke verschillen tussen de beide stelsels zal ik in de tekst dan wel in een voetnoot aangeven.

3 R. Richardi, *Beteiligung der Arbeitnehmer an betrieblichen Entscheidungen in der Bundesrepublik Deutschland*, RdA 1984, blz. 88-98, met name deel I.

had meegewerkt aan de oorlogsindustrie.⁴ Het tot stand gekomen *Montan-Mitbestimmungsgesetz* is dan ook sectorgebonden. Ook in het hierboven al genoemde *Betriebsverfassungsgesetz 1952* werd een regeling van de medezeggenschap op ondernemingsniveau opgenomen.⁵ In 1956 kwam het *Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz 1956* (gewijzigd in 1989) tot stand waarin regels waren opgenomen voor de *Montan-Mitbestimmung* in concernverhoudingen, terwijl in 1976 het *Mitbestimmungsgesetz 1976* van kracht werd.

Medezeggenschap op ondernemings- en bedrijfsniveau

Essentieel in het Duitse wettelijk systeem van medezeggenschapsregelingen is, zoals al werd opgemerkt, het onderscheid tussen invloedsuitoefening van werknemers op bedrijfsniveau (*Betriebsverfassung*) en ondernemingsniveau (*Unternehmensverfassung*).

Van groot belang voor een goed begrip van beide systemen is het onderscheid tussen *Betrieb* (bedrijf) en *Unternehmen* (onderneming).⁶ Van deze begrippen zijn overigens in de regelgeving geen omschrijvingen opgenomen. Afgaen moet dus worden op hetgeen hierover in rechtspraak en literatuur is opgemerkt.

Onder bedrijf wordt verstaan: de organisatorische eenheid, waarbinnen een werkgever, alleen of met zijn werknemers, met behulp van technische en immateriële middelen, bepaalde arbeidstechnische doelen nastreeft.⁷ Dit begrip vertoont duidelijk overeenstemming met het ondernemingsbegrip zoals dat wordt gehanteerd in de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Daar is een onderneming immers omschreven (art. 1 lid 1 sub c WOR) als een organisatie waarin krachtens arbeidsovereenkomst⁸ arbeid wordt verricht.

4 A.M. Koene/H. Slomp, Medezeggenschap van werknemers op ondernemingsniveau. Onderzoek verricht in opdracht van het Ministerie van SoZaWe (VUGA-'s-Gravenhage 1991), blz. 101.

5 Een kort overzicht van de historische ontwikkeling van de medezeggenschap, kan gevonden worden bij K.G. Loritz, *Sinn und Aufgabe der Mitbestimmung heute*, ZfA 1991, blz. 3-4.

6 Vergelijk hieromtrent ook: F. Gamillscheg, *Betrieb und Unternehmen - Zwei Grundbegriffe des Arbeitsrechts*, ArbuR 1989, blz. 33-37; M. Peter, *Probleme des Betriebs- und Unternehmensbegriffs nach dem Betriebsverfassungsgesetz*, DB 1990, blz. 424-428; W. Zöllner/K.G. Loritz, *Arbeitsrecht* (4. Aufl., Beck-München 1992), blz. 444-445.

7 K. Fitting/F. Auffarth/H. Kaiser/F. Heither, *Betriebsverfassungsgesetz* (Handkommentar) (17. Aufl., Vahlen-München 1992 verder: Commentaar BetrVG), § 1, aant. 31.

8 Of publiekrechtelijke aanstelling.

Onderneming is de economische doelorganisatie waarin de kernbeslissingen inzake het economisch beleid worden genomen.⁹ Het verschil tussen bedrijf en onderneming wordt met name hierdoor gekenmerkt, dat het bedrijf de op ondernemingsniveau genomen beslissingen uitvoert door goederen en diensten voort te brengen.¹⁰

Het verschil tussen bedrijf en onderneming doet voorts sterk denken aan de problematiek rond het begrip 'onderneming in de zin van de Wet op de ondernemingsraden (WOR)' (vergelijk par. 1.2) en het ondernemingsbegrip zoals dat is ontwikkeld naar aanleiding van de totstandkoming van de structuurregeling voor grote rechtspersonen (par. 2.2).¹¹

De bedrijfsmedezeggenschap kan worden omschreven als: de bescherming in ruime zin van de werknemer, individueel en collectief, in bedrijf, onderneming en concern, tegenover de leiding door middel van de bevordering van een goede samenwerking tussen leiding en werknemers enerzijds en via het recht op informatie, overleg en medebeslissing anderzijds.¹²

De ondernemingsmedezeggenschap wordt omschreven als de regeling van de deelname van werknemersvertegenwoordigers in de uitoefening van en de controle op de sociale en economische macht van de onderneming.¹³

'Werknemers'

Binnen de medezeggenschapswetgeving kent men drie verschillende categorieën werknemers (*Arbeitnehmer*). Binnen de *Arbeitnehmer* wordt onderscheiden naar *Arbeiter*, *Angestellte* en *leitende Angestellte*.¹⁴

Onder *Arbeiter* (arbeider) wordt een werknemer verstaan die voornamelijk handarbeid verricht, terwijl een *Angestellte* (beambte, employé) ander werk

9 L. Timmerman, Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers (Kluwer-Deventer 1988), blz. 33.

10 Timmerman, op.cit. (noot 9), blz. 33.

11 In paragraaf 2.2 gaf ik de omschrijving van Maeijer van het begrip onderneming in het kader van de structuurregeling weer; deze luidt: een organisatie waarin kapitaalverschaffers en werknemers onder leiding van een ondernemer of bestuurder samenwerken tot de productie van goederen of diensten, welke is gericht op een duurzame verwerving van inkomen ten behoeve van de samenwerkenden.

12 E.P. de Jong, Mitbestimmung en Medezeggenschap, NJB 1977, blz. 999.

13 De Jong, loc.cit. (noot 12), blz. 999.

14 Zie over het (historisch) onderscheid tussen *Arbeiter* en *Angestellte*: C. Windbichler, Ist das Gruppenprinzip in der Betriebsverfassung noch aktuell?, RdA 1994, blz. 268-272.

verricht.¹⁵ De betekenis van het begrip *leitende Angestellte* (employé met leidinggevende bevoegdheid) is onduidelijk. Omstreden is wie tot deze categorie gerekend kunnen worden. De *leitende Angestellte* moet, zoals de term al doet vermoeden, leidinggevende bevoegdheid hebben. Aan deze eis zal voldaan zijn als de persoon in kwestie een taakstelling heeft op ondernemingsniveau, daarnaast een aanzienlijke beslissingsvrijheid heeft en zijn beslissingen duidelijke invloed hebben op het beleid en de ontwikkeling van de onderneming.¹⁶ Door middel van wijzigingen in de wetgeving heeft men geprobeerd dit begrip beter af te bakenen.¹⁷

Het verschil tussen deze drie categorieën werknemers is van belang voor de samenstelling van de *Betriebsrat* (bedrijfsraad) en vertegenwoordiging van werknemers in de *Aufsichtsrat*.

In verband met de Duitse eenwording heeft men zich afgevraagd of en hoe in de (inmiddels voormalige) DDR de medezeggenschap van werknemers vorm zou moeten krijgen. Inmiddels zijn de Westduitse medezeggenschapsregelingen ingevoerd in de nieuwe deelstaten. Op een aantal punten is er nog afwijking van het (voormalige) West-Duitse systeem.¹⁸

-
- 15 E.P. de Jong, Het Mannesmann-conflict, TVVS 1981, blz. 225. In § 6 BetrVG worden de begrippen afgebakend; aangeknoopt wordt bij de wijze waarop de werknemers zijn verzekerd. *Arbeiter* zijn zij wier dienstbetrekking valt onder de (verplichte) werking van de *Arbeiterrentenversicherung*, een verplichte verzekering voor loonarbeiders. Vergelijk ook Koene/Slomp, op.cit. (noot 4), blz. 105. In het *Mitbestimmungsgesetz* wordt aangeknoopt bij de terminologie uit de BetrVG 1972, zie § 3 MitbestG.
 - 16 G. von Hoyningen-Huene, *Betriebsverfassungsrecht* (3. Aufl., Beck-München 1993), blz. 29.
 - 17 De wet *zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes, über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten und zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung* is op 1 januari 1989 in werking getreden. Zie hierover bijvoorbeeld: M.H. Bobke-von Camen, Novellicering des Betriebsverfassungsrechts, WSI-Mitteilungen 1989, blz. 16-24; en een speciale bijlage (no. 8) van de BB 1989; W. Hromadka, Der Begriff des leitenden Angestellten, BB 1990, blz. 57-64.
 - 18 Deze invoering van de medezeggenschapswetgeving is vastgelegd in het 'Einigungsvertrag' (Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands) Anlage I, Besondere Bestimmungen zur Überleitung von Bundesrecht, Kapitel VIII, Sachgebiet A (Arbeitsrechtsordnung) Abschnitt III, Nrs. 10-13. (Nr. 14 is toepassing op het Tarifvertragsgesetz.) Zie over het medezeggenschapsrecht in de voormalige DDR: H.D. Küller, Neueste Gesetzgebung zur Unternehmensmitbestimmung in der DDR, WSI-Mitteilungen 1990, blz. 354-357; V. Krießig/E. Preusche, Mitbestimmung in den neuen Bundesländern auf der betrieblichen Ebene, WSI-Mitteilungen 1992, blz. 616-620; O. Wlotzke, Das Arbeitsrecht im Rahmen des deutsch-deutschen Einigungsprozesses, RdA 1994,

4.3 Medezeggenschap op bedrijfsniveau

4.3.1 Instelling van een bedrijfsraad

Zoals hierboven al werd opgemerkt is de medezeggenschap op bedrijfsniveau geregeld in het *Betriebsverfassungsgesetz 1972* (verder BetrVG).¹⁹ De werking van het *Betriebsverfassungsgesetz* is territoriaal beperkt en strekt zich in principe alleen uit tot in Duitsland gevestigde ondernemingen. Aangenomen wordt dat werknemers van Duitse bedrijven die buiten de landsgrenzen activiteiten uitoefenen (*Ausstrahlungen*) onder de werking van het BetrVG kunnen vallen.²⁰

De rechtsvorm van het bedrijf is niet van belang voor de toepasselijkheid van de wet; ook de omvang van het bedrijf is nauwelijks van invloed. Enige eis is dat in het bedrijf minimaal 5 kiesgerechtigde werknemers werkzaam zijn, en dat het een bedrijf in de private sector²¹ betreft (§ 1 BetrVG).²² Hier is overeenstemming met het Nederlandse recht in die zin, dat ook voor de toepasselijkheid van de WOR de rechtsvorm van de ondernemer niet relevant is; sprake moet zijn van een arbeidsorganisatie (onderneming) van bepaalde omvang.

Medezeggenschap wordt op bedrijfsniveau uitgeoefend door de *Betriebsrat* (bedrijfsraad). Het aantal leden dat de bedrijfsraad heeft hangt af van het

met name blz. 78-79, waar ook aandacht wordt besteed aan de specifieke medezeggenschapsproblemen in geval van bedrijfsreorganisatie en -verkoop door de Treuhänder.

19 Een uitgebreide beschrijving van de geschiedenis van deze wet kan gevonden worden bij M. Schlachter, *Bewährung und Reformbedürftigkeit des Betriebsverfassungsrechts*, RdA 1993, blz. 313-315.

20 Bijvoorbeeld: Von Hoyningen-Huene, op.cit. (noot 16), blz. 21-22. Een voorbeeld van een *Ausstrahlung* vormt het 'Goethe Instituut': medewerkers van deze instelling blijven ondanks werkzaamheden in het buitenland behoren tot de Duitse organisatie.

21 Sinds de Wet medezeggenschap overheidspersoneel is de WOR op dit punt uitgebreid; ook ondernemingen in de publieke sector vallen onder de werking van de WOR. In Duitsland is dit anders: de medezeggenschapsrechten van ambtenaren zijn vastgelegd in het *Personalvertretungsgesetz*.

22 Indien een deel van het bedrijf (*Betriebsteil*) aan bepaalde vereisten voldoet, geldt het als zelfstandig bedrijf in de zin van het BetrVG, zodat een bedrijfsraad opgericht moet worden. Vereist is hiertoe allereerst, dat wordt voldaan aan de eisen van § 1 BetrVG en daarnaast het bedrijfsonderdeel op enige afstand van het hoofdbedrijf gelegen is, en door taakstelling en organisatie zelfstandig is, vergelijk § 4 BetrVG. De volgende voorbeelden worden gegeven: de drukkerij van de krant, de spuitrij van een autofabrikant zie Commentaar BetrVG, § 4, aant. 5.

aantal kiesgerechtigde werknemers.²³ De bedrijfsraad bestaat minimaal uit 1 lid; een maximum is niet gesteld (§ 9 BetrVG).²⁴ Verkiezingen voor de bedrijfsraad vinden iedere vier jaar landelijk plaats.²⁵ De wijze waarop verkiezingen plaatsvinden is geregeld in §§ 7-20 BetrVG en in speciale regelgeving: de *Wahlordnung 1972*.²⁶ De wijze waarop de verkiezing van de bedrijfsraad plaatsvindt laat ik verder onbesproken.²⁷

De bedrijfsraad kiest uit zijn midden een voorzitter en een vice-voorzitter (§ 26 BetrVG). De voorzitter vertegenwoordigt de raad binnen het kader van de door de raad genomen besluiten. Wanneer de bedrijfsraad 9 of meer leden heeft, moet hij een *Betriebsausschuss* (bedrijfscommissie)²⁸ vormen (§ 27 BetrVG). Deze bedrijfscommissie bestaat in ieder geval uit de voorzitter van de bedrijfsraad en diens plaatsvervanger en behandelt de dagelijkse gang van zaken van de bedrijfsraad. In afwijking van het Nederlandse systeem is wettelijk vastgelegd, dat in grote bedrijven een aantal leden van de bedrijfsraad is vrijgesteld van werkzaamheden in het bedrijf (§ 38 BetrVG). Om een goede communicatie tussen werknemers in het bedrijf en de bedrijfsraad te verzekeren, kan de bedrijfsraad onder arbeidstijd gesprekken houden (§ 39 BetrVG). Net als in Nederland worden de kosten van en faciliteiten voor de bedrijfsraad door de werkgever gedragen.²⁹

Omdat er sprake is van een belangentegenstelling tussen de bedrijfsraad en de werkgever zijn er in het BetrVG bepalingen opgenomen om leden van de bedrijfsraad te beschermen. Zo bevat § 78 BetrVG een algemene beschermingsbepaling, die inhoudt dat leden van een bedrijfsraad (of gemeenschap-

23 Het BetrVG is niet van toepassing op *Leitende Angestellte* (§ 5 Abs. 3); zij zijn niet kiesgerechtigd of verkiesbaar. *Leitende Angestellte* kunnen invloed op bedrijfsniveau uitoefenen door middel van een *Sprecherausschuss* (woordvoerderscommissie). Regelingen hierover in het *Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten* (SprAuG). Deel 1 en 2 van deze wet regelen de samenstelling van de woordvoerderscommissie. Deel 3 regelt de medezeggenschap. De bevoegdheden betreffen voornamelijk informatie- en overlegrechten in soortgelijke aangelegenheden als die waarbij de bedrijfsraad ook invloed kan uitoefenen; deze SprAuG blijft hier verder onbesproken.

24 Bij 9000 werknemers heeft de bedrijfsraad 31 leden; voor iedere 3000 daarboven worden 2 leden toegevoegd (§ 9 BetrVG).

25 Tussen 1 maart en 31 mei van het desbetreffende jaar (§ 13 BetrVG); de zittingsduur van de bedrijfsraad is dan ook vier jaar, § 21 BetrVG.

26 *Erste Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes vom 16. Januar 1972* (BGBl. 1. S. 49; gewijzigd in 1988: BGBl. 1 S. 1072).

27 Een korte samenvatting van de procedure kan worden gevonden bij Koene/Slomp, op.cit. (noot 4), blz. 104-108.

28 Niet te verwarren met de Nederlandse bedrijfscommissie.

29 § 40 BetrVG.

pelijke- of concernbedrijfsraad) bij de uitoefening van hun functie niet gestoord of gehinderd mogen worden. Hiernaast genieten de leden van de bedrijfsraad ontslagbescherming, § 78a BetrVG.³⁰

Indien er conflicten rijzen over de inrichting van een bedrijfsraad kan men zich bij verzoekschrift richten tot het *Arbeitsgericht* (§§ 2a/80 *Arbeitsgerichtsgesetz*).

Wanneer in een onderneming³¹ meerdere bedrijfsraden bestaan moet een gemeenschappelijke bedrijfsraad³² worden opgericht. Deze gemeenschappelijke bedrijfsraad is dwingend voorgeschreven (§ 47 Abs. 1 BetrVG). De gemeenschappelijke bedrijfsraad staat niet boven de afzonderlijke bedrijfsraden; de verschillende raden zijn aan elkaar gelijkwaardig (§ 50 Abs. 1 S.2 BetrVG). Iedere bedrijfsraad vaardigt vertegenwoordigers af naar de gemeenschappelijke bedrijfsraad (§ 47 Abs. 1 BetrVG). De leden van de gemeenschappelijke bedrijfsraad hebben geen gelijke stem wanneer besluiten genomen moeten worden; het aantal werknemers dat ieder lid vertegenwoordigt, bepaalt het aantal stemmen dat hij kan uitbrengen (§ 47 Abs. 7 BetrVG).³³

De gemeenschappelijke bedrijfsraad is bevoegd in aangelegenheden die de totale onderneming of het merendeel van de bedrijven betreffen, en die niet door de afzonderlijke bedrijfsraden in hun eigen bedrijf geregeld kunnen

30 Vergelijk voor het Nederlandse recht artikel 21 WOR waarin een ontslagverbod voor leden van de ondernemingsraad is neergelegd.

31 Hier wordt uitgegaan van het begrip 'onderneming' in de hiervoor vermelde betekenis (economische doelorganisatie waarin kernbeslissingen inzake het economische beleid worden genomen) en niet van 'bedrijf'. Ook bij medezeggenschap in economische aangelegenheden wordt aangeknoopt bij het ondernemingsbegrip. Vergelijk hierover: Commentaar BetrVG, § 47, aant. 7-14.

32 Deze gemeenschappelijke bedrijfsraad moet niet verward worden met de gemeenschappelijke ondernemingsraad van artikel 3 lid 1 WOR. Daarvan is sprake indien voor verschillende ondernemingen (in de zin van de WOR) een ondernemingsraad wordt ingesteld. De Duitse gemeenschappelijke bedrijfsraad is beter vergelijkbaar met de Nederlandse groepsondernemingsraad.

33 Op dit punt wijkt het Duitse recht duidelijk af van het Nederlandse systeem. In Nederlandse groeps- en concernondernemingsraden wordt het aantal stemmen dat leden van die raden kunnen uitbrengen, niet gerelateerd aan het aantal werknemers dat zij vertegenwoordigen. Aan het Duitse systeem van 'gewogen stemrechten' lijken mij wel voordelen verbonden, daar op deze wijze de lokale ondernemingen naar evenredigheid van het erin aanwezige aantal werknemers worden vertegenwoordigd.

worden (§ 50 Abs. 1 BetrVG).³⁴ De gemeenschappelijke bedrijfsraad heeft dus een eigen bevoegdheid.³⁵ In de praktijk blijkt de competentieafbakening tussen bedrijfsraad en gemeenschappelijke bedrijfsraad problemen op te kunnen leveren.³⁶

Naast een gemeenschappelijke bedrijfsraad kan in concernverhoudingen een concernbedrijfsraad worden ingesteld. In tegenstelling tot de gemeenschappelijke bedrijfsraad is de instelling van de concernbedrijfsraad facultatief. Voor oprichting van deze concernbedrijfsraad is de toestemming noodzakelijk van de gemeenschappelijke bedrijfsraad van de concernonderneming(en) waarin 75% van de werknemers werkzaam is (§ 54 Abs. 1 BetrVG).³⁷ De concernbedrijfsraad bestaat uit vertegenwoordigers van de verschillende gemeenschappelijke bedrijfsraden (§ 55 Abs. 1 BetrVG); ook in de concernbedrijfsraad geldt het systeem van gewogen stemmen (§ 55 Abs. 3 BetrVG).

34 Op grond van § 50 Abs. 2 BetrVG is het ook mogelijk, dat een bedrijfsraad aan de gemeenschappelijke bedrijfsraad een volmacht geeft om in een bepaalde aangelegenheid medezeggenschap uit te oefenen; achtergrond van deze bepaling is, dat de gemeenschappelijke bedrijfsraad zich 'dichterbij' de ondernemingsleiding bevindt en dus in een concreet geval beter in staat is tot belangenbehartiging. Blijkens § 50 Abs. 2 S.2 BetrVG is het mogelijk, dat de bedrijfsraad zich de beslissingsbevoegdheid voorbehoudt. Zie over deze volmacht: Von Hoyningen-Huene, op.cit. (noot 16), blz. 104-105 en W. Behrens, Der beauftragte Gesamtbetriebsrat, DB 1994, blz. 94-96.

35 In dit opzicht is er een verschil met de bevoegdheid van centrale- en groepsondernemingsraden die alleen bevoegd zijn in aangelegenheden die van gemeenschappelijk belang zijn voor alle of de meerderheid van de ondernemingen waarvoor zij zijn ingesteld, artikel 35 lid 1 WOR; naar aanleiding van het Kabinetsstandpunt is op dit punt wellicht wetswijziging te verwachten, vergelijk hoofdstuk 1, par. 1.7.2.

36 R. Keim, Die Rahmenkompetenz des Gesamtbetriebsrates, BB 1987, blz. 962-964, geeft een oplossing voor deze problematiek door tot een raambevoegdheid voor de gemeenschappelijke bedrijfsraad te komen. C. Ehrich, Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrates nach § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG und ihre Bedeutung bei den betrieblichen Beteiligungsrechten, ZfA 1993, blz. 427-467; R. Richardi, Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats zur Mitbestimmungsausübung, in: Festschrift W. Gitter (Chmielorz-Wiesbaden 1995), blz. 789-800.

In Nederland doen zich soortgelijke problemen voor, zie par. 1.7.3 hierboven.

37 Voor de berekening van het 75%-quorum moeten alle werknemers binnen het concern meegeteld worden, dus ook de werknemers verbonden aan een bedrijf waarbij geen (gemeenschappelijke) bedrijfsraad is ingesteld, BAG 11. 8. 1993 - 7 ABR 34/92, DB 1994, blz. 480.

In § 54 Abs. 1 BetrVG wordt expliciet verwezen naar § 18 Abs. 1 AktG.³⁸ Aangezien alleen verwezen wordt naar het eerste lid van § 18 AktG hebben de bepalingen omtrent de concernbedrijfsraad alleen betrekking op de zogenaamde onderschikkingsconcerns. Het doet niet terzake of er sprake is van een contractueel onderschikkingsconcern dan wel een feitelijk concern.³⁹

De concernbedrijfsraad is bevoegd in aangelegenheden die liggen op concerngebied (§ 58 Abs. 1 BetrVG). De concernbedrijfsraad behandelt aangelegenheden die de afzonderlijke gemeenschappelijke bedrijfsraden niet binnen hun onderneming kunnen afhandelen. Deze bepaling vertoont grote gelijkenis met § 50 BetrVG, waarin de bevoegdheid van de gemeenschappelijke bedrijfsraad is vastgelegd.⁴⁰ Overigens schijnt de concernbedrijfsraad niet heel vaak in het leven geroepen te worden.⁴¹

4.3.2 Bevoegdheden van de bedrijfsraad

In § 80 BetrVG wordt een opsomming gegeven van de algemene taken van de bedrijfsraad. Hiertoe behoort, onder andere, het toezicht houden op de naleving van wetten, verordeningen, veiligheidsvoorschriften, collectieve arbeidsovereenkomsten en bedrijfsovereenkomsten (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG). Om zijn in het BetrVG vastgelegde taken te kunnen uitoefenen heeft de bedrijfsraad recht op een tijdige en volledige informatieverstrekking (§ 80 Abs. 2 BetrVG). In § 79 BetrVG is een geheimhoudingsplicht vastgelegd.

De medezeggenschapsrechten van de bedrijfsraad concentreren zich op drie gebieden. Invloed kan uitgeoefend worden in sociale-, personele- en

38 Onder 'concern' wordt verstaan: meerdere juridisch zelfstandige ondernemingen die onder centrale leiding zijn samengebracht. Het begrip onderneming zoals in deze formulering gebruikt, sluit niet geheel aan op het ondernemingsbegrip uit het Betriebsverfassungsgesetz. Voor het concernbegrip verwijs ik naar de dissertatie van S.M. Bartman, Concernbeleid en aansprakelijkheid (Kluwer-Deventer 1989, blz. 15-16, en L. Houwen in: Aansprakelijkheid in concernverhoudingen (Kluwer-Deventer 1993), blz. 83-91.

39 Von Hoyningen-Huene, op.cit. (noot 16), blz. 29. Vergelijk ook: W. Behrens/R. Schade, Das Quorum für die Errichtung von Konzernbetriebsräte in § 54 Abs. 1 Satz 2 BetrVG, DB 1991, blz. 278-280.

40 Ook aan de concernbedrijfsraad kan een volmacht worden gegeven om in een bepaald geval de medezeggenschapsrechten te behartigen, § 58 Abs. 2 BetrVG.

41 Von Hoyningen-Huene, op.cit. (noot 16), blz. 107.

economische aangelegenheden.⁴² Hieronder zullen deze drie terreinen achtereenvolgens aan de orde komen.

De rechten van de bedrijfsraad zijn te onderscheiden in informatierechten (*Unterrichtung* en *Information*), het recht gehoord te worden (*Anhörung*), overlegrechten (*Beratung*), een initiatiefrecht (*Initiativrecht*) en een recht op medebeslissen (*Zustimmung*).⁴³ Het Nederlandse recht kent de nuancering tussen het recht gehoord te worden en het overlegrecht niet. Bij het recht gehoord te worden zal er waarschijnlijk door de werkgever informatie zijn verstrekt en geeft de bedrijfsraad zijn visie op deze informatie, zonder dat daarbij overleg plaatsvindt met de bedrijfsraad.⁴⁴

In § 2 BetrVG is bepaald dat in alle medezeggenschapsaangelegenheden een samenwerking in onderling vertrouwen (*vertrauensvolle Zusammenarbeit*) tussen bedrijfsraad en werkgever noodzakelijk is. Met dit gebod tracht men te bereiken dat werkgever en bedrijfsraad zich jegens elkaar open en eerlijk gedragen.⁴⁵

Indien tussen de bedrijfsraad⁴⁶ en de werkgever geschilpunten rijzen over uitoefening van medezeggenschapsrechten, dan kunnen partijen zich wenden tot de *Einigungsstelle* (bemiddelingscollege).⁴⁷ Een dergelijk college kan ad hoc worden samengesteld, maar kan ook (door middel van een bedrijfsovereenkomst hierover) een permanent karakter hebben (§ 76 Abs. 1 BetrVG). De samenstelling van de *Einigungsstelle* is vastgelegd in § 76 BetrVG. Zij bestaat uit een gelijk aantal door werkgevers- en bedrijfsraadszijde benoemde leden en een onpartijdige voorzitter, die de steun van beide zijden heeft. De *Einigungsstelle* is dus paritair samengesteld. Wanneer men over de persoon van de voorzitter geen overeenstemming kan bereiken, dan beslist het *Arbeitsgericht* (§ 76 Abs. 2 BetrVG). De wijze waarop binnen de

42 J. van Wulfften Palthe, Industriële medezeggenschapsrechten in rechtsvergelijkend verband (dissertatie Rotterdam 1986), blz. 314 geeft een schematisch overzicht van de rechten van de bedrijfsraad.

43 G. Schaub, *Der Betriebsrat* (6. Aufl., Beck-München 1995), blz. 253; Von Hoyningen-Huene, op.cit. (noot 16), blz. 190-194.

44 Von Hoyningen-Huene, op.cit. (noot 16), blz. 190-191.

45 Commentaar BetrVG § 2, aant. 9.

46 Of de gemeenschappelijke- of concernbedrijfsraad.

47 Vergelijk over de werkwijze en belissingsbevoegdheid van de *Einigungsstelle*: A. Fiebig, *Grundprobleme der Arbeit betrieblicher Einigungsstellen*, DB 1995, blz. 1278-1281.

De *Einigungsstelle* vertoont enige overeenkomst met de Nederlandse bedrijfscommissie, vergelijk: A.T.J.M. Jacobs, *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht* (Gouda Quint-Annhem 1993), blz. 177-178.

Einigungsstelle de besluitvorming plaatsvindt, is geregeld in § 76 Abs. 3 BetrVG.⁴⁸ De kosten van de *Einigungsstelle* worden gedragen door de werkgever (§ 76a BetrVG).

Indien de werkgever een ernstig verzuim pleegt ten aanzien van zijn in de wet vastgelegde plichten, kan de bedrijfsraad (of een in het bedrijf vertegenwoordigde vakorganisatie) zich richten tot het *Arbeitsgericht* (§ 23 Abs. 3 BetrVG).

I Medezeggenschap in sociale aangelegenheden

Kernbepaling met betrekking tot de medezeggenschap in sociale aangelegenheden is § 87 BetrVG. Op grond van dit artikel heeft de bedrijfsraad medezeggenschap ten aanzien van de in deze bepaling limitatief opgesomde sociale aangelegenheden. De medezeggenschap van de bedrijfsraad wordt op twee wijzen beperkt. Allereerst kan de bedrijfsraad zijn rechten niet uitoefenen wanneer de materie in kwestie in een CAO- of wettelijke bepaling is geregeld (§ 87 Abs. 1 BetrVG).⁴⁹ Tevens heeft de bedrijfsraad geen medezeggenschap wanneer de werkgever een maatregel neemt ten opzichte van een individu. Medezeggenschap kan in sociale aangelegenheden dus alleen worden uitgeoefend bij collectieve maatregelen.

De medezeggenschap die de bedrijfsraad op grond van § 87 Abs. 1 BetrVG heeft, houdt in dat de werkgever alleen met instemming van de bedrijfsraad de handeling in kwestie kan uitvoeren.⁵⁰ Wanneer de werkgever aan dit instemmingsrecht van de bedrijfsraad voorbijgaat, biedt het BetrVG geen oplossing. In de literatuur is geen overeenstemming over het antwoord op de vraag of een op deze wijze door de werkgever genomen maatregel rechtsgeldig is. De heersende mening is momenteel, dat een maatregel genomen zonder dat de medezeggenschapsrechten van de bedrijfsraad zijn gerespecteerd, niet geldig kan zijn. Echter, jegens derden werkt deze ongeldigheid niet.⁵¹

48 Vergelijk Schaub (op.cit. noot 43), blz. 509-521.

49 Schaub, op.cit. (noot 43), blz. 302-303, wijst op twee uitzonderingen; § 87 Abs. 1 nr. 5 en nr. 9.

50 In de opsomming van § 87 Abs. 1 BetrVG staan bijvoorbeeld de volgende sociale aangelegenheden opgenomen: regeling van arbeidstijd; tijdstip, plaats en wijze van loonbetaling, regelingen ter voorkoming van arbeidsongevallen.

51 Von Hoyningen-Huene, op.cit. (noot 16), blz. 246-248.

Indien door de werkgever een medezeggenschapsrecht uit § 87 BetrVG wordt geschonden, kan de bedrijfsraad zich tot het *Arbeitsgericht* richten, met het verzoek om de handeling na te laten, vergelijk § 23 Abs. 3 BetrVG; het BAG heeft in zijn uitspraak van 3. 5. 1994, SAE 1995, blz. 93-103 (commentaar W.D. Walker), uitgemaakt dat er

Wanneer er na uitoefening van medezeggenschap door de bedrijfsraad geen overeenstemming tussen bedrijfsraad en werkgever ontstaat, dan gaat de beslissing over naar de *Einigungsstelle* (§ 87 Abs. 2 BetrVG). De uitspraak van de *Einigungsstelle* komt dan in de plaats van een overeenstemming tussen werkgever en bedrijfsraad.

Naast deze verplichte vorm van medezeggenschap, kent de wet ook nog vrijwillige medezeggenschap in sociale aangelegenheden. In § 88 BetrVG wordt een aantal van deze aangelegenheden genoemd, waarover *Betriebsvereinbarungen* (bedrijfsovereenkomsten) gesloten kunnen worden, zie hieronder par. 4.5. Deze opsomming is niet limitatief (*insbesondere*). Dit laat de mogelijkheid open om bij bedrijfsovereenkomst ten aanzien van alle sociale vraagstukken binnen de onderneming, die ook onderdeel kunnen zijn van een CAO, medezeggenschapsrechten in het leven te roepen.

In § 90 BetrVG ten slotte, is een informatie- en overlegrecht vastgelegd bij een aantal sociale aangelegenheden.

II Medezeggenschap in personele aangelegenheden

Naast medezeggenschap in sociale aangelegenheden biedt het *Betriebsverfassungsgesetz* medezeggenschap in *personele aangelegenheden*. Voor de probleemstelling van dit onderzoek is dit medezeggenschapsrecht niet van belang; het blijft hier verder onbesproken.⁵²

III Medezeggenschap in economische aangelegenheden

De medezeggenschap in *economische aangelegenheden* kan ruwweg worden onderscheiden in een informatie- en overlegrecht van de economische commissie (*Wirtschaftsausschuß*), een informatierecht van de werknemers in bepaalde categorieën bedrijven, en een informatie- en overlegrecht van de bedrijfsraad bij *Betriebsänderungen*.⁵³ De verschillende rechten komen hieronder achtereenvolgens aan de orde.

in dit geval geen sprake hoeft te zijn van een ernstige overtreding. Vergelijk over deze uitspraak W D Walker, Zum Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei mitbestimmungswidrigen Maßnahmen des Arbeitgebers, DB 1995, blz 1961-1966

52 Verwezen wordt naar de §§ 92-105 BetrVG, de medezeggenschap in personele aangelegenheden houdt een informatie- en overlegrecht in bij een aantal algemene personele aangelegenheden zoals de personeelsplanning, beoordelingsrichtijnen van personeel, en medezeggenschap bij *Personelle Einzelmaßnahmen*

53 Letterlijk vertaald is een *Betriebsänderung* een bedrijfsverandering, bestudering van de verschillende *Betriebsänderungen* leert, dat veelal sprake is van herstructurering van de organisatie van de onderneming. Ik zal de term daarom met *herstructurering* vertalen

Economische commissie

In ondernemingen⁵⁴ met in de regel meer dan 100 werknemers⁵⁵ moet de (gemeenschappelijke) bedrijfsraad een economische commissie vormen, vergelijk § 106 Abs. 1 BetrVG.⁵⁶ Deze economische commissie bestaat uit minimaal 3 en maximaal 7 leden die tot de onderneming behoren; minstens één van deze leden moet tevens lid zijn van de bedrijfsraad (§ 107 Abs. 1 BetrVG). Expliciet is in de wet vastgelegd, dat de leden van de economische commissie over een vakinhoudelijke en persoonlijke bekwaamheid moeten beschikken (§ 107 Abs. 1 BetrVG). De economische commissie komt maandelijks bijeen (§ 108 Abs. 1 BetrVG). Aan deze bijeenkomst neemt de ondernemer (of zijn vertegenwoordiger) deel (§ 108 Abs. 2 BetrVG). Van iedere bijeenkomst doet de economische commissie verslag aan de bedrijfsraad (§ 108 Abs. 3 BetrVG).

De economische commissie voert overleg met de werkgever over economische aangelegenheden en instrueert de bedrijfsraad. De competentie van de economische commissie is beperkt tot de onderneming, en strekt zich niet uit tot het concern.⁵⁷ De functie van de economische commissie is voornamelijk bevordering van uitwisseling van informatie en samenwerking tussen ondernemer en bedrijfsraad.⁵⁸ De ondernemer dient de economische com-

54 Zoals hierboven al opgemerkt werd, wordt voor de beantwoording van de vraag of een economische commissie ingesteld moet worden, aangeknoopt bij het begrip 'onderneming'. Vergelijk over de economische commissie: Th. Kreuder, Informationsrechte von Wirtschaftsausschuß und Betriebsrat, Die Mitbestimmung 1992, blz. 67-68; U. Gutzman, Die Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses gem. §§ 106 Abs. 2 und 108 Abs. 5 BetrVG, DB 1989, blz. 1083-1086.

55 Een economische commissie moet ook gevormd worden, indien verschillende ondernemingen samen bedrijf in stand houden waarin 100 werknemers werkzaam zijn. Niet relevant is daarbij, of bij de afzonderlijke ondernemingen 100 werknemers aanwezig zijn: BAG 1. 8. 1990, EWIR 1991, blz. 1165-1166.

56 Wanneer niet aan het vereiste aantal werknemers is voldaan, dan komen de informatie-rechten toe aan de bedrijfsraad of gemeenschappelijke bedrijfsraad, BAG 5. 2. 1991 - 1 ABR 24/90, AuA 1992, blz. 124.

57 Zie hieromtrent: D. Joost, Wirtschaftliche Angelegenheiten als Kompetenzbereich des Wirtschaftsausschusses, in: Festschrift O.R. Kissel (Beck-München 1994), blz. 436, en F. Havighorst, Großkonzerne: der Wirtschaftsausschuß allein reicht nicht mehr, Die Mitbestimmung 1993/11, blz. 39-43, die aandacht besteden aan de uitspraak: BAG 23. 8. 1989, AP BetrVG 1972, § 106 Nr. 7. Zie over deze zaak ook: M. Nebendahl, Zulässigkeit der Bildung eines Wirtschaftsausschusses im Konzern? DB 1991, blz. 384-388.

58 Commentaar BetrVG, § 106, aantt. 1 en 2; A. Lahusen, Streitigkeiten zwischen Unternehmer und Wirtschaftsausschuß, BB 1989, blz. 1399.

missie op het juiste tijdstip een totaaloverzicht te geven van de economische aangelegenheden. § 106 Abs. 3 BetrVG geeft een niet-limitatieve (*insbesondere*) opsomming van aangelegenheden. Tot deze opsomming behoren onder andere de economische en financiële situatie van de onderneming (§ 106 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG), productie- en investeringsplannen (§ 106 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG)⁵⁹ en de inkrimping of sluiting van bedrijven of bedrijfsonderdelen (§ 106 Abs. 3 Nr. 6 BetrVG). In § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG is tenslotte vastgelegd, dat voornemens die de belangen van de werknemers in de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden, als economische aangelegenheden aangemerkt moeten worden. Wanneer de economische commissie de haar op grond van § 106 BetrVG toekomende informatie niet krijgt, of deze informatie ontoereikend is, of in een te laat stadium wordt verstrekt, kan de *Einigungsstelle* wanneer de ondernemer en bedrijfsraad het hierover niet eens kunnen worden, een beslissing nemen.⁶⁰

Indien de ondernemer een jaarrekening opstelt wordt deze jaarlijks aan de economische commissie en bedrijfsraad in een gemeenschappelijke vergadering verduidelijkt (§ 108 Abs. 5 BetrVG).⁶¹

Zoals hieronder zal blijken, zijn de bevoegdheden van de economische commissie veelal gelegen op hetzelfde terrein als de competentie van de *Aufsichtsrat* in het geval dat een onderneming tevens onderworpen is aan de medezeggenschap op ondernemingsniveau.

Wanneer er onenigheid bestaat over de toelaatbaarheid van de vorming van een economische commissie dan wel over de vraag of er sprake is van een economische aangelegenheid op grond waarvan informatie verstrekt moet worden, kan men zich bij verzoekschrift wenden tot het arbeidsgerecht (§ 2a

59 In de rechtspraak is uitgemaakt, dat wanneer maandelijks omzetoverzichten van een filiaal of bedrijf worden opgesteld, deze op grond van § 106 Abs. 3 BetrVG overgelegd moeten worden aan de economische commissie, BAG 17. 9. 1991, EWIR 1992, blz. 641-642 (commentaar Hromadka); tot de aangelegenheden waarover de economische commissies een informatie- en overlegrecht heeft, behoort ook de sluiting van een bedrijf waarin geen bedrijfsraad is ingesteld: BAG 9. 5. 1995, ZIP 1995, blz. 1615-1617.

60 § 109 BetrVG; deze beslissing van de *Einigungsstelle* is aanvechtbaar bij het *Arbeitsgericht*. Ik laat deze toetsing hier verder onbesproken, zie nader: W. Dütz, Arbeitsgerichtliche Überprüfbarkeit Einigungsstellensprachen nach § 109 BetrVG, in: Festschrift D. Gaul (Luchterhand-Neuwied/Kriftel/Berlin 1992), blz. 41-55.

61 Vergelijk voor een overzicht van de punten die verduidelijkt moeten worden: R. Bösch/H. Grimber, Die Erläuterung des Jahresabschlusses nach § 108 Abs. 5 BetrVG, Die Mitbestimmung 1987, blz. 419-420.

Arbeitsgerichtsgesetz, bevoegdheid; § 81 *Arbeitsgerichtsgesetz*, verzoekschrift).

Bij discussie over de omvang van de informatieplicht kan de kwestie allereerst aan de bedrijfsraad worden voorgelegd die kan proberen met de ondernemer een schikking tot stand te brengen. Wanneer dat niet lukt kan een geschil voorgelegd worden aan de *Einigungsstelle* (§ 109 BetrVG).

In ondernemingen met in de regel meer dan 1000 werknemers heeft de ondernemer de verplichting minstens één maal per kwartaal, na overleg met de economische commissie of de bedrijfsraad, de werknemers schriftelijk over de financiële situatie van de onderneming te informeren (§ 110 Abs. 1 BetrVG).⁶²

Betriebsänderung

De bedrijfsraad heeft, zoals gezegd, medezeggenschap bij *herstructureringen*. Wanneer een onderneming meer dan 20 kiesgerechtigde werknemers heeft, dient de bedrijfsraad over voorgenomen *herstructureringen* die wezenlijke nadelen voor het personeel of een aanzienlijk gedeelte daarvan kunnen inhouden, geïnformeerd te worden. Deze geplande *Betriebsänderungen* dienen met de bedrijfsraad besproken te worden. § 111 BetrVG geeft een overzicht van mogelijke herstructureringen; het betreft onder andere het sluiten van een bedrijf of een wezenlijk gedeelte daarvan, verplaatsing of splitsing van een bedrijf.

Op grond van § 112 Abs. 1 BetrVG moet over de herstructurering een *Interessenausgleich*⁶³ tussen de werkgever en bedrijfsraad plaatsvinden. In het *Betriebsverfassungsgesetz* is niet vastgelegd, wat onder een belangenafweging moet worden verstaan. In de belangenafweging moeten werkgever en bedrijfsraad regelen of, wanneer en op welke wijze een herstructurering plaats zal vinden; in de belangenafweging worden de organisatorische aspecten van een *Betriebsänderung* geregeld die niet tot het *Sozialplan* (sociaal plan) behoren.⁶⁴ Zo kunnen in een belangenafweging het tijdpad van een

62 Bij ondernemingen met tussen de 20 en 1000 werknemers kan deze informatieverschaffing mondeling plaatsvinden (§ 101 Abs. 2 BetrVG).

63 Het begrip *Interessenausgleich* is te vertalen als belangenafweging.

64 Von Hoyningen-Huene, op.cit. (noot 16), blz. 337; het betreft dus regelingen die niet de economische compensatie (van de herstructurering) voor de werknemers vaststellen.

concrete herstructurering worden vastgelegd of verplichtingen tot omscholing.⁶⁵

Als een belangenafweging tot stand komt, dient deze schriftelijk vastgelegd te worden, en te worden ondertekend door zowel de werkgever als de bedrijfsraad (§ 112 Abs. 1 BetrVG). Het is niet mogelijk om tot een belangenafweging in mondelinge vorm te komen.⁶⁶ De belangenafweging heeft geen normatieve werking (vergelijk de *Betriebsvereinbarung* hieronder) in de individuele arbeidsovereenkomst.

Wanneer geen overeenstemming over de *Interessenausgleich* tot stand komt, dan kan bemiddeling van de President van het *Landesarbeitsamt* gevraagd worden. Blijft deze bemiddeling zonder resultaat, dan kan de ondernemer of bedrijfsraad zich tot een *Einigungsstelle* wenden (§ 112 Abs. 2 BetrVG). Door beide partijen moeten dan constructieve voorstellen worden gedaan om het meningsverschil bij te leggen. De uitspraak van de *Einigungsstelle* is voor partijen niet bindend, maar dient als een voorstel beschouwd te worden. Wordt geen overeenstemming bereikt, dat kan de ondernemer de maatregelen doorvoeren zonder ex § 113 BetrVG (nadeelscompensatie) aangesproken te kunnen worden.⁶⁷

Anders ligt de zaak indien een werkgever herstructurerings doorvoert zonder de hierboven beschreven mogelijkheden om tot een *Interessenausgleich* met de bedrijfsraad te komen te benutten.⁶⁸ In dat geval zijn de doorgevoerde herstructurerings weliswaar rechtsgeldig, maar hebben de betrokken werknemers in principe een recht op nadeelscompensatie ex § 113 Abs. 2 BetrVG.⁶⁹ Ook wanneer wel een belangenafweging tot stand is gekomen, maar de werkgever zich hier niet aan houdt, kan de werknemer een beroep doen op nadeelscompensatie (§ 113 Abs. 1 BetrVG). Uitzondering bestaat in beide gevallen wanneer de werkgever een dringende reden heeft gehad om niet tot een *Interessenausgleich* te komen of ervan af te wijken. Een voorbeeld van een dringende reden is het intrekken van een krediet.⁷⁰

65 Von Hoyningen-Huene, op.cit. (noot 16), blz. 338; Commentaar BetrVG §§ 112, 112a, aant. 5c.

66 Von Hoyningen-Huene, op.cit. (noot 16), blz. 338.

67 Wanneer een ondernemer zich onvoldoende inzet bij een bemiddelingspoging met betrekking tot de belangenafweging, kan hij tot nadeelscompensatie worden verplicht, BAG 18. 12. 1984 - 1 AZR 176/82, BB 1985, blz. 1394-1395.

68 De werkgever is verplicht tot een belangenafweging te komen, als de totstandkoming van een sociaal plan op grond van § 112a BetrVG niet afdwingbaar is, vergelijk BAG 8. 11. 1988, EWIR § 113 BetrVG 1/90, blz. 1125-1126.

69 Vergelijk: Commentaar BetrVG, § 112, 112a, aant. 10.

70 Von Hoyningen-Huene, op.cit. (noot 16), blz. 348.

Naast de mogelijkheid tot een *Interessenausgleich* te komen heeft de bedrijfsraad recht op een sociaal plan (§ 112 Abs. 1 BetrVG).⁷¹ Het sociaal plan is in de wet meer geëxpliciteerd. Het bevat regels over de compensatie van economische nadelen die de werknemers ten gevolge van de herstructurering lijden. Het gaat hier dus met name om de regeling van financiële aanspraken van de werknemers die door de herstructurering (nadelig) worden getroffen.

Ook het sociaal plan wordt in schriftelijke vorm vastgesteld, en wordt door werkgever en bedrijfsraad ondertekend. Het sociaal plan heeft de kracht van een bedrijfsovereenkomst (§ 112 Abs. 1 BetrVG). Ook wanneer een sociaal plan niet tot stand komt kan de hulp worden ingeroepen van de president van het *Landesarbeitsgericht* en vervolgens van een *Einigungsstelle* (§ 112 Abs. 2 BetrVG). In dit geval beslist deze commissie, in tegenstelling tot de gang van zaken bij een *Interessenausgleich*, in een bindende uitspraak (§ 112 Abs. 4 BetrVG).⁷²

Er bestaat onduidelijkheid over de verhouding tussen het hier beschreven sociaal plan en de hierboven aangestipte nadeelscompensatie.⁷³

4.4 Medezeggenschap op ondernemingsniveau

De medezeggenschap op ondernemingsniveau heeft, zoals al opgemerkt, vorm gekregen in drie wetten: het *Montan-Mitbestimmungsgesetz 1951*, het *Betriebsverfassungsgesetz 1952* en het in 1976 totstandgekomen *Mitbestimmungsgesetz*. Aangezien deze wet momenteel de meeste betekenis heeft wordt hij hieronder als eerste behandeld.

71 Onder omstandigheden is dit recht niet afdwingbaar; vergelijk § 112a BetrVG; zie ook M. Heinze, *Nichtsozialplanpflichtige Betriebsänderung*, NZA 1987, blz. 41-51. Indien een bedrijfsraad wordt gekozen tijdens een herstructurering, heeft deze bedrijfsraad geen recht op een sociaal plan, BAG 28. 10. 1992, BB 1993, blz. 140-141.

72 In Abs. 5 van § 112 BetrVG is vastgelegd, dat de *Einigungsstelle* bij haar beslissing rekening moet houden met, kort gezegd, de sociale omstandigheden van de werknemers en de bedrijfseconomische omstandigheden van de onderneming. Vergelijk U. Weber, *Die Ermessenentscheidung der Einigungsstelle bei Sozialplänen und ihre arbeitsgerichtliche Überprüfung*, BB 1995, blz. 2268-2271.

73 Von Hoyningen-Huene, op.cit. (noot 16), blz. 350; BAG 8.11.1988 - 1 AZR 687/87. BB 1989, blz. 773-775 heeft beslist dat de werkgever tot een belangenafweging en nadeelscompensatie over een voorgenomen herstructurering dient te komen wanneer de bedrijfsraad geen afdwingbaar recht heeft op een sociaal plan (§ 112a).

4.4.1 Mitbestimmungsgesetz 1976⁷⁴

Het *Mitbestimmungsgesetz* (verder MitbestG) kwam in 1976 na een lange tijd van voorbereiding tot stand.⁷⁵

De toepassing van het MitbestG is in § 1 MitbestG beperkt. Alleen *ondernemingen* vallen onder de werking van de wet (§ 1 Abs. 1 MitbestG).⁷⁶ Net als het begrip *Betrieb* niet is omschreven in het *Betriebsverfassungsgesetz* is in het *Mitbestimmungsgesetz* geen omschrijving van het begrip *Unternehmen* te vinden. Er zijn twee beperkingen, namelijk het aantal rechtsvormen en het aantal werknemers dat bij een rechtsvorm werkzaam dient te zijn.⁷⁷ Dit minimumaantal werknemers is gesteld op 2000. Op grond van het *Mitbestimmungsbeibehaltungsgesetz* van 23 augustus 1994 zijn de schadelijke gevolgen voor de medezeggenschap indien door middel van grensoverschrijdende overdrachten van (onderdelen van) bedrijven binnen de Europese Gemeenschap het werknemersaantal onder de tweeduizend komt, weggenomen; dit gebeurt doordat de wet fingeert dat deze

74 'Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. Mai 1976', BGBl. I S. 1153. De totstandkoming van deze wet heeft nogal wat voeten in de aarde gehad; vergelijk Thomas Raiser, *Mitbestimmungsgesetz* (2. Aufl. de Gruyter-Berlin/New York 1984), blz. 40-48. Over het Mitbestimmungsgesetz zijn vele procedures gevoerd, zelfs tot en met het *Bundesverfassungsgericht* (zie de uitspraak van 1 maart 1979, opgenomen in NJW 1979, blz. 699-711), omdat van werkgeverszijde werd betoogd dat de macht van de werknemers (in zijn totaliteit bezien), groter is dan de macht van de aandeelhouders. Deze vorm van medezeggenschap werd dan ook onverenigbaar geacht met de eigendomsgarantie van Art. 14 *Grundgesetz* (GG) en met het in Art. 9 Abs. 3 verankerde systeem van het collectieve arbeidsrecht. De werkgevers hebben deze procedures verloren. Voor een uitgebreid overzicht van literatuur over deze kwestie verwijs ik naar Raiser, blz. 51-53.

75 In 1982 is een nieuw ontwerp voor een *Mitbestimmungsgesetz* ingediend, maar dit ontwerp heeft geen vervolg gekregen, zie Eberhard Schwark, Zum DGB-Entwurf eines Mitbestimmungsgesetzes 1982, AG 1983, blz. 303-311.

76 Opnieuw speelt hier de terminologie rond het begrip onderneming. 'Onderneming' is hierboven (par. 4.2) omschreven als: de economische doelorganisatie waarin de kernbeslissingen inzake het economische beleid worden genomen. Dit begrip verschilt dus in belangrijke mate van het in de Wet op de ondernemingsraden gehanteerde begrip, dat een arbeidsorganisatie inhoudt, maar stemt daarentegen overeen met het begrip zoals dat wordt gehanteerd in onze structuurregeling, zie hierboven hoofdstuk 2, par. 2.2.

77 Zie over de berekening van dit werknemersaantal: P. Ulmer, Zur Berechnung der für die Anwendung des MitbestG auf Kapitalgesellschaften maßgebenden Arbeitnehmerzahl, in: Festschrift Heinsius (De Gruyter-Berlin/New York 1991), blz. 855-873.

grensoverschrijdende gebeurtenis niet heeft plaatsgevonden.⁷⁸ De *Aktiengesellschaft* (AG) de *Kommanditgesellschaft auf Aktien* (KgaA), de *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH), de *bergrechtlichen Gewerkschaft* met rechtspersoonlijkheid (mijnbouwexploitatiemaatschappij), de *Erwerbsgenossenschaft* (inkoopcoöperatie) en *Wirtschaftsgenossenschaft* (coöperatie)⁷⁹ vallen onder de werking van het MitbestG.⁸⁰ Wanneer een onderneming, die onder het MitbestG valt, tevens dominerende onderneming (*herrschendes Unternehmen*) in een concern is, dan gelden de werknemers van de concernondernemingen als werknemers van deze dominerende onderneming (§ 5 MitbestG).⁸¹

Niet van toepassing is het MitbestG wanneer de onderneming onder de Montan-Mitbestimmung valt. Ten slotte bevat § 1 Abs. 4 MitbestG nog de beperking dat zogenaamde *Tendenzunternehmen* worden uitgesloten.⁸²

78 Gesetz zur Beibehaltung der Mitbestimmung beim Austausch von Anteilen und der Einbringung von Unternehmensteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten der Europäischen Union betreffen (Mitbestimmungsbeibehaltungsgesetz), BGBl. 1994, I, S. 2228.

79 Deze laatste drie rechtsvormen zijn coöperaties.

80 Een GmbH & Co. KG (een commanditaire vennootschap met als enige complementair [aansprakelijke vennoot] een GmbH, vergelijk in Nederland de BV/CV) kan op grond van § 4 onder de werking van het MitbestG vallen. Raiser, op.cit. (noot 74), blz. 120 merkt op dat deze bepaling een uitzondering vormt op de gedachte dat personenvennootschappen vrij van medezeggenschap van werknemers dienen te blijven.

81 § 5 Abs. 1 MitbestG verwijst expliciet naar het concernbegrip ex § 18 Abs. 1 AktG; van een (onderschikkings)concern is sprake wanneer één of meer afhankelijke ondernemingen onder centrale leiding van een dominerende onderneming zijn samengebracht. Achtergrond van § 5 is, dat wanneer een onderneming centrale leiding uitoefent over een van haar afhankelijke onderneming, de medezeggenschap bij die dominerende onderneming uitgeoefend moet worden. Voor een overzicht van het Duitse concernrechtelijke begrippenapparaat kan worden verwezen naar Bartman, op.cit. (noot 38), hoofdstuk II (AG-concernrecht) en hoofdstuk III (GmbH-concernrecht). Zie ook L.G.H.J. Houwen/A.P. Schoonbrood-Wessels/J.A.W. Schreurs, Aansprakelijkheid in concernverhoudingen (Kluwer-Deventer 1993), Deel I, par. 5.3 (door L.G.H.J. Houwen).

82 Volgens Raiser, (op.cit. noot 74, blz. 90) kan bij *Tendenzunternehmen* gedacht worden aan kerkelijke en charitatieve instellingen, ondernemingen met een wetenschappelijk of kunstzinnig doel. De onderneming is wel verplicht een mitbestimmte *Aufsichtsrat* ingevolge het MitbestG in te stellen wanneer commerciële aspecten in de praktijk blijven te overwegen.

Op 31 december 1994 was het *Mitbestimmungsgesetz* van toepassing op 714 ondernemingen.⁸³

Op grond van § 6 Abs. 1 *MitbestG* zijn alle ondernemingen die onder het *Mitbestimmungsgesetz* vallen, verplicht een raad van commissarissen in te stellen. In ondernemingen met minder dan 10 000 werknemers bestaat de raad uit 12 leden; 6 leden van werknemerszijde en 6 leden aangewezen door de eigenaren van aandelen.⁸⁴ Het aantal leden van de raad is minimaal 12 maximaal 20 (§ 7 *MitbestG*).

De samenstelling van de raad is geregeld in de §§ 8-24 *MitbestG*, deze bepalingen blijven hier verder onbesproken. De raad van toezicht kiest uit zijn midden een voorzitter (§ 27 Abs. 1). Hiervoor is een meerderheid van twee/derde nodig. Wanneer deze meerderheid niet wordt bereikt, kiezen de aandeelhoudersleden een voorzitter, en de werknemersleden een plaatsvervangende voorzitter (§ 27 Abs. 2 *MitbestG*). Door deze constructie is een overwicht in de raad van de zijde van de aandeelhoudersvertegenwoordigers mogelijk. Het is niet mogelijk in de statuten de paritaire samenstelling van de raad van commissarissen te wijzigen; deze samenstelling is wettelijk vastgelegd.

De interne gang van zaken en de besluitvorming binnen de raad van commissarissen is wettelijk geregeld. Voor rechtsgeldige besluitvorming van de raad is, behoudens statutaire afwijking, vereist dat de helft van de leden aan de besluitvorming deelneemt (§ 28 *MitbestG*).⁸⁵ Op grond van § 29 *MitbestG* kunnen besluiten met gewone meerderheid genomen worden. Wanneer zich in de besluitvorming een patstelling voordoet, heeft bij een, overigens niet verplichte, hernieuwde stemming de voorzitter van de raad twee stemmen. Deze tweede stem komt, bij afwezigheid van de voorzitter, de vice-

83 Zo blijkt uit een overzicht in het tijdschrift *Die Mitbestimmung* 1995/7, blz. 11. Een overzicht wordt gegeven van het aantal ondernemingen dat tussen 1978 en 1994 onder het *MitbestG* valt. Van het hier genoemde aantal van 714 *mitbestimmte* ondernemingen hebben er 406 de rechtsvorm van een AG, 280 die van een GmbH (de overigen zijn niet nader onderverdeeld).

84 In § 2 *MitbestG* wordt bepaald dat onder aandeelseigenaar in de zin van deze wet worden verstaan aandeelhouders, vennoten, leden van een *Gewerkschaft* dan wel *Genossenschaft*. Gemakshalve hanteer ik in het vervolg het begrip 'aandeelhouder'.

85 J. Kroneberg, *Die mitbestimmte selbständige Aktiengesellschaft* (WiRe Verlag für Wirtschafts- und Steuerrecht-Göttingen 1982), blz. 96-111 geeft een overzicht van toelaatbaar geachte wijzigingen. De besluitvorming in de *mitbestimmte AG* wordt uitgebreid besproken door W. Paefgen, *Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG* (Heymanns Verlag-Köln/Berlin/Bonn/München 1982), blz. 152-262.

voorzitter niet toe. Beoogd wordt aandeelhoudersvertegenwoordigers overwicht te geven in de besluitvorming.⁸⁶ Men gaat er van uit dat de voorzitter deel uitmaakt van de aandeelhoudersleden van de raad. Dit is niet dwingend voorgeschreven, maar wel zeer voor de hand liggend zoals hierboven werd opgemerkt.

De rechten en verplichtingen van de raad van commissarissen volgen uit § 25 Abs. 1 MitbestG, dat niet alleen verwijst naar de §§ 27-29 en 31, 32 MitbestG, maar ook bepalingen uit andere wetgeving (AktG, *Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften*: GenG) van overeenkomstige toepassing verklaart.

De bevoegdheden van de *Aufsichtsrat* in een *mitbestimmte* onderneming zijn hierdoor niet direct uit het *Mitbestimmungsgesetz* afleidbaar. Grofweg kan worden gesteld, dat voor de AG de bepalingen uit de AktG van toepassing zijn (§ 25 Abs. 1, Nr. 1 MitbestG); op de GmbH zijn bepaalde in § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG genoemde artikelen uit de AktG van overeenkomstige toepassing verklaard. Voor de *Erwerbs- en Wirtschaftsgenossenschaften* wordt verwezen naar de wetten waarin voor deze rechtsvormen bepalingen zijn gegeven (§ 25 Abs. 1 Nr. 3 MitbestG). De bepalingen waarnaar wordt verwezen in § 25 sub 1-3 regelen de algemene bevoegdheden van de *Aufsichtsrat* in de (verschillende) rechtsvormen. Hiernaast is er een aantal artikelen in het *Mitbestimmungsgesetz* opgenomen die specifieke bevoegdheden toekennen aan de *mitbestimmte Aufsichtsrat*.

De belangrijkste bevoegdheid van de raad van commissarissen is de controle van het bestuur (*Geschäftsführung*), § 111 Abs. 1 AktG. Bestuur moet daarbij in de ruimste zin worden verstaan. Niet alleen vallen vertegenwoordigingshandelingen van het bestuur onder de controle van de raad van commissarissen, maar ook handelingen die als zodanig niet extern werken.⁸⁷

Daarnaast heeft de raad van commissarissen het recht om de boekhouding in te zien en te controleren (§ 111 Abs. 2 AktG); ook kan de raad een financieel deskundige raadplegen (§ 111 Abs. 2 AktG). In de GmbH wordt de controlefunctie tevens door de algemene vergadering uitgeoefend. Tegen

86 Raiser, op.cit. (noot 74), blz. 436.

87 H.J. Mertens in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* (Heymanns Verlag-Köln/Berlin/Bonn/München 1985), Band 1, § 111, aant. 58, alwaar ook wordt opgemerkt dat het juist is als de ondernemingsraad zich een investerings- of financieringsplan laat voorleggen, dan wanneer iedere concrete opname van een krediet aan controle wordt onderworpen.

het instructierecht van de algemene vergadering kan ook de (*mitbestimmte*) raad van commissarissen zich niet verzetten.⁸⁸

De raad van commissarissen kan, indien het belang van de vennootschap zulks vordert, de algemene vergadering van aandeelhouders bijeenroepen (§ 111 Abs. 3 AktG).

Voor een zinvolle controle op het bestuursbeleid is informatieverstrekking van het bestuur aan de raad essentieel. Een recht op informatie is opgenomen in § 90 AktG. Over de informatie die leden van de raad van commissarissen ontvangen, dienen zij het stilzwijgen te bewaren (§ 93 jo. § 116 AktG). Deze zwijggplicht houdt ook in, dat werknemersleden in de raad niet het recht hebben verkregen informatie door te spelen aan bijvoorbeeld de bedrijfsraad.⁸⁹ Een scheiding tussen ondernemings- en bedrijfsmedezeggenschap dient gehandhaafd te worden. Anders zou voeding gegeven kunnen worden aan het door de werkgevers wel aangevoerde argument dat het *Mitbestimmungsgesetz* een cumulatie van medezeggenschapsrechten van werknemers veroorzaakt.⁹⁰

In de AktG is vastgelegd, dat de statuten of de raad van commissarissen zelf kunnen bepalen dat bepaalde aangelegenheden niet zonder toestemming van de raad uitgevoerd kunnen worden (§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG). Niet maatregelen die tot de dagelijkse gang van zaken van de onderneming behoren, dienen aan toestemming onderworpen te worden. Het dient te gaan om zaken die door hun omvang, onderwerp, belang of risico buiten de normale bedrijfsuitoefening vallen.⁹¹ Het medezeggenschapsregime uit het *Mitbestimmungsgesetz* krijgt hierdoor uiteraard extra gewicht. Via deze bepaling is invloedsuitoefening in het ondernemingsbeleid van het bestuur mogelijk. In de praktijk blijken voor de lange termijnplanning van de onderneming maatgevende investeringsmaatregelen, organisatie- en financieringsbesluiten afhankelijk te worden gemaakt van toestemming van de raad van commissarissen.⁹² De verplichting tot vragen van toestemming houdt niet in dat de

88 M. Lutter/G. Krieger, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats* (Hauke Verlag-Freiburg im Breisgau 1980), blz. 84.

89 Vergelijk I. Flore, *Verschweigenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder*, BB 1993, blz. 133-134.

90 D. Hoffmann, *Der Aufsichtsrat* (2. Aufl., Beck-München 1985), blz. 61.

91 Mertens in het *Kölner Kommentar* (op.cit. noot 87), § 111, aant. 61.

92 Raiser, op.cit. (noot 74), blz. 370.

ondernemingsleiding geen eigen verantwoordelijkheid meer heeft: het initiatief blijft bij het bestuur liggen.⁹³

Van veel belang voor de reikwijdte van de medezeggenschap is voorts het feit dat door het MitbestG de wettelijke competentie van de algemene vergadering niet fundamenteel mag worden aangetast. Beslissingen over de fundamenteën van de onderneming blijven derhalve in handen van de algemene vergadering, en de raad van commissarissen heeft niet de mogelijkheid om ten aanzien van deze materie bevoegdheden aan zich te trekken.⁹⁴ Tevens kan de verplichting tot toestemming niet uitgebreid worden tot aangelegenheden die tot de dagelijkse werkzaamheden van de onderneming behoren, maar kan deze alleen aangelegenheden betreffen die naar onderwerp, omvang en risico bijzonder van aard zijn.⁹⁵ Aangezien de *Aufsichtsrat* de bevoegdheid heeft zelf vast te leggen welke voorgenomen besluiten toestemmingsplichtig zijn, rijst de vraag of de statuten deze bevoegdheid van de raad van commissarissen expliciet kunnen uitsluiten.⁹⁶ Raiser concludeert dat dergelijke statutaire bepalingen niet toelaatbaar zijn.⁹⁷

Wanneer de raad geen toestemming geeft, kan het bestuur de kwestie voorleggen aan de algemene vergadering van aandeelhouders; die kan een besluit nemen dat het besluit van de raad van commissarissen vervangt. Hiertoe is wel een meerderheid van driekwart van de stemmen vereist (§ 111 Abs. 4 AktG).⁹⁸

Indien het bestuur een besluit neemt zonder toestemming van de raad van commissarissen te verkrijgen, is het ontbreken van toestemming niet aan derden tegen te werpen in die zin, dat hun rechten niet worden aangetast.⁹⁹

Is § 111 Abs. 4 AktG van overeenkomstige toepassing op de GmbH? In het *GmbH-Gesetz* is bepaald, in tegenstelling tot de AktG, dat de aandeelhoudersvergadering het hoogste orgaan binnen de vennootschap is.¹⁰⁰ De

93 Raiser, op.cit. (noot 74), blz. 370.

94 De bevoegdheid om bepaalde bestuursbesluiten afhankelijk te maken van toestemming van de *Aufsichtsrat* bestaat niet bij de KGaA (Raiser, op.cit. noot 74, blz. 374).

95 Kroneberg, op.cit. (noot 85), blz. 36.

96 Raiser, op.cit. (noot 74), blz. 371.

97 Raiser, op.cit. (noot 74), blz. 371.

98 In de praktijk blijkt dat de *Aufsichtsrat* weinig gebruik maakt van zijn bevoegdheid bestuursbesluiten aan toestemming te onderwerpen. Vergelijk Hoffman, op.cit. (noot 90), blz. 67.

99 Mertens in het Kölner Kommentar (op.cit. noot 87), § 111, aant. 66.

100 Voor uitgebreide bespreking van de bevoegdheidsverdeling in de *mitbestimmte GmbH*: M.R. Theisen, *Die Aufgabenverteilung in der mitbestimmten GmbH* (Hanstein Verlag-Königstein 1980). Besproken door R. Wank in GmbHR 1982, blz. 84-87. Vergelijk

aandeelhoudersvergadering mag derhalve wel statutair regelen dat de *Aufsichtsrat* bevoegdheden als in § 111 Abs. 4 AktG kan uitoefenen, maar is hiertoe niet verplicht. Wanneer een conflict ontstaat omdat de raad geen toestemming voor een bepaald besluit wil geven, kan de maatregel alleen doorgevoerd worden wanneer de aandeelhoudersvergadering hiertoe met een meerderheid van driekwart beslist.¹⁰¹

De raad van commissarissen is bevoegd de onderneming te vertegenwoordigen wanneer er sprake is van rechtshandelingen met het bestuur (§ 112 AktG).¹⁰²

Bij *Aktiengesellschaften* heeft de *Aufsichtsrat* bevoegdheden ten aanzien van de totstandkoming van de jaarrekening. Nadat de jaarrekening is opgesteld, wordt deze door het bestuur aan de raad van commissarissen voorgelegd. Vervolgens moet de jaarrekening door de raad van commissarissen worden goedgekeurd, § 171 AktG. Indien de raad van commissarissen de jaarrekening goedkeurt, stelt zij deze vast, § 172 AktG.

In § 31 MitbestG is expliciet geregeld dat de raad de leden van het vertegenwoordigend orgaan (bestuur) benoemt en ontslaat. Deze bevoegdheid is wellicht de belangrijkste bevoegdheid van de raad van commissarissen, omdat de samenstelling van het bestuur een sterke invloed kan hebben op de ontwikkeling van de onderneming.¹⁰³ Het feit dat de bevoegdheid de bestuursleden te benoemen aan de raad van commissarissen toekomt en niet langer aan de algemene vergadering, is ten aanzien van GmbH's lange tijd strijdpunt geweest.¹⁰⁴ In § 31 Abs. 1 S. 2 is bepaald, dat deze regeling niet geldt voor de KgaA. De verklaring hiervoor is, dat de bestuurs- en vertegen-

over het MitbestG en de GmbH: D. Hoffmann/N. Neumann, Die Mitbestimmung bei GmbH und GmbH & Co.KG nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976, GmbHR 1986, blz. 149-153/183-188; L. Vollmer, Die Abberufung von Geschäftsführern der mitbestimmten GmbH, GmbHR 1984, blz. 5-13.

101 Raiser, op.cit. (noot 74), blz. 377. Bij de Genossenschaften zijn de voorschriften ex § 111 Abs. 4 AktG niet analoog toe te passen aangezien de tekst van § 25 Abs. 1 MitbestG daartoe geen ruimte laat. Wel heeft de raad op grond van § 33 GenG medezeggenschapsrechten bij de controle van de jaarrekening.

102 Zie hieromtrent: A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen (Kluwer-Deventer 1989), blz. 137-160 (met name blz. 145).

103 Kroneberg, op.cit. (noot 85), blz. 33.

104 H. Konzen, Die Anstellungskompetenz des GmbH-Aufsichtsrats nach dem Mitbestimmungsgesetz, GmbHR 1983, blz. 92-98. Uitspraak Hanseatisch OLG 17-12-1982 - 11 U 21-82 op blz. 98 van ditzelfde tijdschrift; Theisen, loc.cit. (noot 100), blz. 146.

woordigingsbevoegdheid binnen deze rechtsvorm toekomen aan de persoonlijk aansprakelijke vennoten (zie § 278 Abs. 2 AktG).

De medezeggenschap in concernverhoudingen wordt geregeld door de §§ 5 en 32 MitbestG. In concernverhoudingen zou zich een cumulatie van medezeggenschapsrechten (namelijk van zowel de *Aufsichtsrat* in de dominerende moeder als afhankelijke dochter) kunnen voordoen; men spreekt van *Überparität*. § 32 MitbestG geeft speciale voorschriften voor het geval dat een onderneming die onderworpen is aan het medezeggenschapsregime van het MitbestG¹⁰⁵ een deelname heeft in een andere mitbestimmte onderneming.¹⁰⁶ In de andere onderneming moet voor minstens 25% deelgenomen worden (§ 32 Abs. 2 MitbestG).¹⁰⁷

De in § 32 genoemde bevoegdheden kan de dominerende onderneming in de van haar afhankelijke onderneming uitoefenen nadat hiertoe een besluit van de raad van commissarissen is genomen (§ 32 Abs. 1). Deze besluiten behoeven alleen de stemmenmeerderheid van de leden in de raad die zijn benoemd door de aandeelhouders. Deze opsomming is limitatief. Extensieve interpretatie van de aangelegenheden dan wel analoge interpretatie blijkt niet toegestaan.¹⁰⁸

4.4.2 Betriebsverfassungsgesetz 1952

Het *Betriebsverfassungsgesetz 1952* (BetrVG 1952) is, zoals al werd opgemerkt, voor wat de medezeggenschap op bedrijfsniveau betreft, vervangen door het BetrVG 1972. Eén gedeelte van de oude wet bleef echter in werking, namelijk dat betreffende de *Unternehmensverfassung* (§§ 76-77a, 81, 85 en 87 BetrVG 1952). Deze voorschriften hebben ook na de inwerkingtreding van het *Mitbestimmungsgesetz 1976* hun werking niet verloren. § 1 Abs. 3 MitbestG geeft een overzicht van de verschillende medezeggenschapsregelingen en hun onderlinge afbakening. Het BetrVG 1952 is van

105 Van de in § 1 genoemde rechtsvormen is de KGaA uitgesloten. Raiser (op.cit. noot 74, blz. 482) geeft hiervoor een motivatie.

106 Deze bepaling is geënt op de hieronder te bespreken § 15 MitbestErG. M. Lutter, *Mitbestimmung im Konzern* (Heymanns Verlag-Köln/Berlin/Bonn/München 1975), blz. 67-74 bespreekt § 29 van het (toen nog ontwerp-) MitbestG.

107 Vereist is niet dat er sprake is van afhankelijkheid in de zin van § 17 AktG of centrale leiding (§ 18 AktG).

108 Raiser, op.cit. (noot 74), blz. 485.

toepassing op ondernemingen die niet onder de *Montan-Mitbestimmung* of het *Mitbestimmungsgesetz* vallen.

De wet is van toepassing op AG en KGaA waarvan het aantal werknemers niet meer dan 2000 bedraagt. Op deze wijze wordt een afbakening met het *Mitbestimmungsgesetz* tot stand gebracht. Op grond van § 77 Abs. 1 BetrVG 1952 is de wet ook van toepassing op GmbH's en bergrechtlichen Gewerkschaften met rechtspersoonlijkheid wanneer deze meer dan 500 werknemers in dienst hebben. Ook onderlinge verzekeringsbedrijven met minimaal 500 werknemers zijn aan het BetrVG 1952 onderworpen.¹⁰⁹ In het najaar van 1994 is het *Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts* tot stand gekomen.¹¹⁰ In deze wet is onder andere het tot op dat moment nog bestaande verschil tussen de GmbH en AG opgeheven, daar nu ook voor AG's is vastgelegd dat zij pas onder de BetrVG 1952 vallen indien er 500 werknemers in dienst zijn. Deze wijziging geldt echter alleen voor *Neugründungen*, dus niet voor reeds bestaande AG's met minder dan 500 werknemers.¹¹¹

Voor de toepasselijkheid van de wet is het aantal werknemers in dienst van de 'onderneming' bepalend. In § 77a BetrVG 1952 zijn daarom regels gegeven voor de samentelling van werknemers in concernverhoudingen. Werknemers van een afhankelijke onderneming moeten in geval van *Eingliederung*¹¹² of beheersovereenkomst¹¹³ worden toegerekend aan de dominerende vennootschap.

109 Bepaalde categorieën zijn uitgesloten in het *Betriebsverfassungsgesetz 1952*, zie § 81.

110 BGBl. 1994, 1961. Deze wet heeft een aantal voorschriften van het AG-recht vereenvoudigd in de hoop dat van deze rechtsvorm meer gebruik gemaakt gaat worden.

111 Zie over deze wetswijziging: M. Lutter, *Das neue "Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts"*, AG 1994, blz. 429-447, met name blz. 445; M. Hoffmann-Becking, *Gesetz zur "kleinen AG" - unwesentliche Randkorrekturen oder grundlegende Reform?* ZIP 1995, blz. 1-10.

112 *Eingliederung* is de concernvorm waarbij het verband tussen juridisch zelfstandige ondernemingen het meest hecht is. Deze wijze van concernvorming is geregeld in §§ 319-327 AktG. Zie Bartman, op.cit. (noot 38), blz. 20; Houwen, op.cit. (noot 38), blz. 206-209.

113 Door middel van een *Beherrschungsvertrag* kan een 'contractueel concern' tot stand worden gebracht. Het contractueel concern is geregeld in de §§ 291-310 AktG; zie § 291 AktG voor de beheersovereenkomst. Bartman (op.cit. noot 38, blz. 18-20) besteedt aandacht aan het 'contractueel concern'; zie ook Houwen, op.cit. (noot 38), blz. 130-133.

Wanneer het BetrVG 1952 van toepassing is op een onderneming dan is deze verplicht een *Aufsichtsrat* in te stellen, die voor een/derde deel uit vertegenwoordigers van werknemerszijde, en voor twee/derde deel uit vertegenwoordigers van de zijde van de aandeelhouders bestaat. De raad van commissarissen is volgens deze wet dus niet paritair samengesteld. De raad neemt beslissingen door middel van uitdrukkelijke besluiten. Besluitvorming door middel van stilzwijgende toestemming is niet mogelijk. Behoudens een afwijkende statutaire regeling dient tenminste de helft van de raad aan de besluitvorming deel te nemen.

Een aparte regeling is opgenomen voor de samenstelling van de raad van commissarissen in geval van concernverhoudingen (§ 76 Abs. 4 BetrVG 1952). Het begrip concern wordt niet nader omschreven.¹¹⁴ Wanneer zich binnen een concern een onderneming bevindt die niet alleen beslissingen van de moeder doorvoert, maar zelf autonome leidinggevende bevoegdheden heeft jegens andere, van haar afhankelijke ondernemingen, dan is er sprake van een concern binnen een (groter) concern. De werknemers van dit *Konzern im Konzern* nemen ook deel in de werknemersvertegenwoordiging van de raad van commissarissen van de moeder.¹¹⁵ Deze constructie is met name van belang wanneer bij de concerntop geen raad van commissarissen ingesteld kan worden, bijvoorbeeld omdat deze top in het buitenland is gevestigd.

Het is zeer wel mogelijk dat onderdelen van een concern onder verschillende medezeggenschapswetgeving vallen. De verkiezing van de werknemersvertegenwoordiging van de raad van commissarissen richt zich naar de wetgeving van de concerntop in het geval de moeder onder het MitbestG valt.¹¹⁶ Voor deelname aan de verkiezingen is de rechtsvorm van de afhankelijke ondernemingen niet van belang.

Het BetrVG 1952 bevat geen bepaling over de rechten en bevoegdheden van de raad van commissarissen, maar verwijst naar artikelen uit het *Aktien-gesetz*. Hetgeen hierboven over de bevoegdheden van de *Aufsichtsrat* in een onderneming die onder de werking van het *Mitbestimmungsgesetz* valt, is

114 Aangeknoopt wordt bij de concerndefinitie van § 18 Abs. 1 en 2 AktG. Werknemers van de afhankelijke onderneming nemen deel in de *Aufsichtsrat* van de concerntop.

115 Commentaar BetrVG, BetrVG 52, § 76, aant. 81.

116 Commentaar BetrVG, BetrVG 52 § 76, aant. 80; hier worden nog andere voorbeelden gegeven.

opgemerkt, geldt ook hier.¹¹⁷ Hieruit is af te leiden dat kerntaak van de raad is het uitoefenen van controle op de bedrijfsvoering door het bestuur. Hiernaast vindt controle plaats op de jaarrekening. De bevoegdheid tot het vaststellen van de jaarrekening heeft de raad echter niet. Deze blijft in handen van de algemene vergadering (§ 172 AktG).

4.4.3 *Montan-Mitbestimmungsgesetz 1951 en Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz 1956*

Het *Montan-Mitbestimmungsgesetz* dateert uit 1951, en is de eerste wet waarin aan werknemers invloed wordt gegeven op ondernemingsniveau. Aangezien de wet alleen regels geeft voor de enkelvoudige onderneming trad in 1956 het *Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz* (de zogenaamde *Holding-Novelle*), waarin regels voor concernverhoudingen zijn opgenomen, in werking.¹¹⁸

Het aantal ondernemingen dat onder de *Montan-Mitbestimmung* valt neemt de laatste jaren sterk af door concentratie en door herstructurering van de produktie. Sinds december 1992 is het *Montan-Mitbestimmungsgesetz* op nog slechts 47 ondernemingen van toepassing, terwijl nog slechts een onderneming onder het *Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz* valt.¹¹⁹

117 Voor de bevoegdheden van een *Aufsichtsrat* verbonden aan een GmbH die onder de bepalingen van de BetrVG 1952 valt, wordt voor de bevoegdheidsbepalingen verwezen naar de bepalingen uit de AktG. Vergelijk § 77 BetrVG 1952.

118 In 1981 trad een wet in werking waardoor de beide hierboven genoemde wetten werden aangepast. Het betreft de *Montan-Mitbestimmungsänderungsgesetz*. Door deze wet werd een bepaling toegevoegd waardoor een onderneming, wanneer zij niet langer voldoet aan de eisen gesteld aan de toepassing van een Montan-medezeggenschapsregeling, nog 6 jaar onder de werking van de desbetreffende medezeggenschapsregeling blijft. Vergelijk: H. Wissmann, *Das Montan-Mitbestimmungsgesetz. Neuer Schritt zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung*, NJW 1982, blz. 423-429.

119 B. Kronenberg/G. Volkmann, U. Wendeling-Schröder, WSI-Mitbestimmungsbericht 1992, WSI-Mitteilungen 1994/1, blz. 24-29. Van de 47 ondernemingen die onder de *Montan-Mitbestimmung* vallen, zijn er 18 in de voormalige DDR gevestigd; van de 47 ondernemingen hebben er 29 de rechtsvorm van een AG, 17 de rechtsvorm GmbH en is er tenslotte één *Bergrechtliche Gewerkschaft*.

Het werkingsgebied van het *Montan-Mitbestimmungsgesetz 1951*¹²⁰ (verder Montan-MitbestG)¹²¹ wordt in § 1 van de wet bepaald. De wet is van toepassing op ondernemingen waarvan het voornaamste bedrijfsdoel is gelegen op het terrein van de produktie van steenkool, bruinkool of ijzererts. Ook de ijzer- en staalverwerkende industrie wordt hiertoe gerekend. Hiernaast strekt de werking van de wet zich uit tot ondernemingen die afhankelijk zijn van de hiervoor genoemde ondernemingen. Ook is het toepassingsgebied naar rechtsvorm beperkt. Alleen AG, GmbH en bergrechtliche Gewerkschaften met rechtspersoonlijkheid vallen onder de werking van de wet. Tenslotte is ook nog een kwantitatief criterium opgenomen; er moeten in de regel meer dan 1000 werknemers in het bedrijf werkzaam zijn.¹²² Deze vereisten voor toepasselijkheid van de *Montan-Mitbestimmung* brengen mee dat het werkingsgebied van deze vorm van *Mitbestimmung* zeer beperkt is.

De raad van commissarissen dient te bestaan uit 11 leden (§ 4 Abs. 1).¹²³ Aan de zijde van de aandeelhouders 5 leden; aan werknemerszijde ook 5 leden waarvan er twee uit het personeel worden gekozen en drie worden aangewezen door de vakbond. De 10 volgens §§ 5-7 Montan-MitbestG gekozen leden kiezen gezamenlijk het elfde lid (§ 8 Montan-MitbestG).

De raad van commissarissen kan alleen rechtsgeldig besluiten wanneer minimaal de helft van de leden van de raad deelneemt aan de besluitvorming (§ 10 Montan-MitbestG).

Belangrijk(st)e bevoegdheid van de raad van commissarissen is de benoeming van bestuursleden (§ 12); hiernaast heeft de raad belangrijke stem in de benoeming van een arbeidsdirecteur¹²⁴ (§ 13). Deze kan niet worden benoemd tegen de meerderheid van werknemersleden in de raad (vetorecht).

120 Een historisch overzicht van de periode tussen totstandkoming van deze wet tot de inwerkingtreding van het Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz wordt gegeven door U. Barsdorf, *Anfang der Ende?* WSI-Mitteilungen 1984, blz. 181-195.

121 Voor de geschiedenis en totstandkoming van deze wet: J. Peters, *Montanmitbestimmung, Dokumente ihrer Entstehung* (Bund Verlag-Köln 1979); naar aanleiding van het 25-jarig bestaan van de wet is een bundel met bijdragen erover gepubliceerd: *Montanmitbestimmung, Geschichte. Idee. Wirklichkeit* (Bund Verlag-Köln 1979).

122 Ondernemingen in deze bedrijfstak blijken in de praktijk geregeld medezeggenschapsrechten vast te leggen in medezeggenschapsovereenkomsten; inhoud van en grenzen aan dergelijke overeenkomsten worden besproken door H. Konzen, *Paritätische Mitbestimmung im Montanbereich*, AG 1983, blz. 289-303; zie hierover nader in paragraaf 4.5.

123 Het aantal kan, afhankelijk van de hoogte van het maatschappelijk kapitaal van de onderneming, worden uitgebreid tot 15 of 21.

124 Vergelijk par. 4.4.3 hieronder.

Overige bevoegdheden van de raad van commissarissen zijn afleidbaar uit de AktG. De bevoegdheden bij de GmbH zijn, bij gebrek aan regeling daarvan, veel minder duidelijk.

Het *Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz 1956* (verder MitbestErgG) heeft betrekking op concernverhoudingen en regelt de positie van een (afhankelijke) onderneming die onder de werking van het *Montan-Mitbestimmungsgesetz* valt en wordt beheerst door een andere onderneming zodat de bevoegdheden van de raad van commissarissen, door invloedsuitoefening van de dominerende onderneming, belangrijk worden aangetast. Werknemers hebben ter compensatie op grond van het MitbestErgG ook medezeggenschap in de raad van commissarissen van de dominerende onderneming (§ 1 MitbestErgG).

Voor toepasselijkheid van het MitbestErgG moet aan de volgende eisen zijn voldaan. Er moet sprake zijn van een concernonderneming die dominerende invloed uitoefent (door een beheersovereenkomst¹²⁵) over ondernemingen die aan het Montan-MitbestG onderworpen zijn. Van de totaalomzet van het concern moet een vijfde of meer van de afhankelijke ondernemingen die onder het Montan-MitbestG vallen, afkomstig zijn (*Montanquote*) (§ 3 Abs. 2) en het concern moet in totaal 2000 arbeiders in dienst hebben.¹²⁶

Om het bestaan van de *Montan-Mitbestimmung* te garanderen is op 1 januari 1989 *Das Gesetz zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung in werking getreden*.¹²⁷ In deze wet zijn de eisen gesteld aan toepasselijkheid van het *Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz* verlicht.¹²⁸ Naar aanleiding van de wijzigingen in deze wet is door *Mannesmann-AG* een procedure geëntameerd. Door de aanpassing van quota voor toepasselijkheid van de *Montan-Mitbestimmung* zou dit concern onder de werking van de *Montan-Mitbestimmung* blijven vallen en niet onder de toepassing van het MitbestG 1976. Door Mannesmann is de grondwettelijkheid van deze wetswijziging aan de orde

125 Het feitelijk (*faktisches*) concern blijkt niet onder de werking van het MitbestErgG te vallen, vergelijk Lutter, *Mitbestimmung im Konzern* (Heymans Verlag-Köln/Berlin/Bonn/München 1975), blz. 64.

126 Voor 1989 bedroeg de *Montanquote* vijftig procent.

127 BGBl. 1988 I S. 2312.

128 Over deze wet verschenen literatuur: H. Wissmann, *Neues Gesetz der Montan-Mitbestimmung*, DB 1989, blz. 426; M. Löwisch, *Novellierung des Mitbestimmungsrechts*, BB 1988, blz. 1956; E. Breit, *Zur aktuellen Diskussion um die Sicherung der Montan-Mitbestimmung*. *Die Mitbestimmung* 1986, blz. 131-134.

gesteld. De zaak moet nog door het *Bundesverfassungsgericht* worden beoordeeld.¹²⁹

De samenstelling van de raad van commissarissen is als volgt: 7 leden van de kant van de aandeelhouders en 7 leden van werknemerszijde. Hiernaast 1 neutraal lid (§ 5) Dit neutrale lid wordt op dezelfde wijze gekozen als in het Montan-MitbestG (§ 5 Abs. 3).¹³⁰ § 6 geeft regels voor de werknemersleden. Bij een totaal-aantal werknemersleden van 7 moeten er 5 afkomstig zijn uit de concernondernemingen en kunnen twee vakbondsvertegenwoordigers worden benoemd.¹³¹ De gang van zaken bij verkiezingen is opgenomen in de §§ 7-10n.

Voor een rechtsgeldige besluitvorming is noodzakelijk dat minstens de helft van de leden van de raad hieraan deelneemt (§ 11) Op grond van § 15 MitbestErgG is bij onder andere de benoeming, het dechargeren en ontslaan van leden van de directie van de afhankelijke onderneming, binnen de raad van commissarissen de besluitvorming in handen van de leden van de zijde van de aandeelhouders.¹³² Deze regeling wijkt af van de normale gang van zaken in de *Montan-Mitbestimmung*.¹³³

Daar de eisen voor toepasselijkheid van het *Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz* verlicht zijn, is het mogelijk dat ondernemingen onder de werking van de wet gaan vallen, die voorheen niet onder de *Montan-Mitbestimmung* vielen. Met het oog op deze gevallen is in § 16 MitbestErgG bepaald, dat voor zulke ondernemingen strengere criteria worden gehanteerd. Zij moeten gedurende 6 jaar aan de (oude) *Montanquote* van meer dan 50% voldoen.¹³⁴

129 OLG Düsseldorf, 8. 1. 1991 - 19 W 3/90, AG 1991, blz. 153-155, en opnieuw: OLG Düsseldorf, 13. 8. 1993 - 19 W 3/90, AG 1994, blz. 281-283. Door het *Bundesverfassungsgericht* is nog geen uitspraak gedaan. Vergelijk over de hiergenoemde uitspraken: G. Spindler, Die Montanmitbestimmung auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, AG 1994, blz. 258-265.

130 Er kan, op grond van de hoogte van het vennootschapskapitaal (meer dan 50 miljoen), bepaald worden dat het aantal leden wordt uitgebreid naar 21.

131 Deze verhouding was voor 1989 4:3 in plaats van 5:2.

132 Deze bepaling is sterk gelijklopend overgenomen in het *Mitbestimmungsgesetz*, § 32.

133 Vergelijk § 12 Montan-Mitbestimmungsgesetz.

134 Niet onder de werking van het MitbestErgG valt, zo is de rechtspraak uitgemaakt, Salzgitter GmbH sinds deze vennootschap is opgenomen in het Preussag-concern. Vergelijk de uitspraak van OLG Celle 22. 3. 1993 - 9 W 130/92, AG 1994, 131-134; BB

4.4.4 Arbeitsdirektor

Naast medezeggenschap door middel van bedrijfsraden en werknemersvertegenwoordiging in de *Aufsichtsrat* van bepaalde 'ondernemingen', kennen het *Mitbestimmungsgesetz* en het *Montan-Mitbestimmungsgesetz* nog een andere vorm van werknemersvertegenwoordiging, de *Arbeitsdirektor* (arbeidsdirecteur).

Op grond van § 13 Montan-MitbestG dient een arbeidsdirecteur in het bestuur benoemd te worden. Deze benoeming kan niet plaatsvinden tegen de wil van de meerderheid van de werknemersleden binnen de raad (§ 13 Abs. 1 S.2 jo. § 14 Abs. 1 Nr. b. Montan-MitbestG). Op grond van § 33 MitbestG geldt voor 'ondernemingen' die onder de werking van deze wet vallen een sterk hiermee gelijklopende regeling. Een verschil tussen de beide artikelen is, dat in de *Montan-Mitbestimmung* aan de werknemersvertegenwoordigers bij de benoeming van de arbeidsdirecteur een veto toekomt. Bij de totstandkoming van het *Mitbestimmungsgesetz* is dit politiek gevoelige vetorecht niet in deze wet overgenomen.¹³⁵

De taak van de arbeidsdirecteur is uit de §§ 13 Montan-MitbestG/33 MitbestG niet af te leiden. Uit onder andere de wetsgeschiedenis kan opgemaakt worden, dat de arbeidsdirecteur zich met personeelszaken en het sociale beleid binnen de onderneming zal bezighouden.¹³⁶

4.5 Medezeggenschapsovereenkomsten

In hoofdstuk 1 (par. 1.9) en hoofdstuk 2 (par. 2.9) kwamen convenanten in het kader van de Wet op de ondernemingsraden en de structuurregeling aan de orde. Hier wordt een overzicht gegeven van mogelijke contractuele invulling van medezeggenschap in Duitsland.

1993, blz. 957-962; EWiR 1993, blz. 705-706.

135 Raiser, op.cit. (noot 74), blz. 493.

136 Raiser, op.cit. (noot 74), blz. 500-504; Koene/Slomp (op.cit. noot 4, blz. 133) spreken dan ook van de 'personeelsmanager'. Zie over de, niet altijd even gemakkelijke, positie van de *Arbeitsdirektor* binnen de onderneming: H. Klinkhammer, *Der Arbeitsdirektor des Montan-Mitbestimmungsgesetzes - Reflexionen eines Insiders*, in: *Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung* (Luchterhand-Neuwied/Kriftel/Berlin 1995), blz. 275-287.

4.5.1 Bedrijfsniveau

Tussen de werkgever en de bedrijfsraad kunnen vrij informele afspraken worden gemaakt; gesproken wordt van een *Regelungsabrede*. Deze afspraken zijn vormvrij en kunnen mondeling tot stand komen.¹³⁷ Daarnaast biedt het *Betriebsverfassungsgesetz* een wettelijke basis voor het sluiten van overeenkomsten door de bedrijfsraad en de werkgever (ondernemer). Een *Betriebsvereinbarung* (bedrijfsovereenkomst) wordt schriftelijk aangegaan door de bedrijfsraad en de werkgever, en dient door hen beide ondertekend te worden (§ 77 Abs. 2 BetrVG). De bedrijfsovereenkomst kan worden omschreven als een overeenkomst die schriftelijk door werkgever en bedrijfsraad wordt aangegaan om, binnen de grenzen van hun competentie¹³⁸, zowel regels vast te leggen inzake de inhoud, de totstandkoming en de beëindiging van arbeidsovereenkomsten, als ook met betrekking tot de inhoud van de medezeggenschap op bedrijfsniveau.¹³⁹ Door middel van een bedrijfs-overeenkomst kunnen specifieke op het bedrijf toegesneden aanvullende bepalingen gegeven worden.¹⁴⁰ Gaul besteedt aandacht aan de vraag of bij bedrijfsovereenkomst de medezeggenschap in economische aangelegenheden uitgebreid kan worden. Als voorbeeld geeft hij uitbreiding van medezeggenschap bij herstructureringen. Bij een dergelijke uitbreiding van medezeggenschap is het niet mogelijk, dat de uiteindelijke bestuursverantwoordelijkheid wordt overgenomen door de *Einigungsstelle* (zie hieronder), daar een dergelijke uitbreiding met dwingend rechtspersonenrecht in strijd zou komen.¹⁴¹ Niet alleen de bedrijfsraad, maar ook de concernbedrijfsraad kan een bedrijfsovereenkomst sluiten, in dit laatste geval *Konzernbetriebsver-*

137 Von Hoyningen-Huene, op.cit. (noot 16), blz. 199. Zie over de *Regelungsabrede* voorts: M. Heinze, *Regelungsabrede, Betriebsvereinbarung und Spruch der Einigungsstelle*, NZA 1994, 580-586 (met name sub III) en (zeer uitgebreid) R. Peterek, *Fragen zur Regelungsabrede*, in: *Festschrift für D. Gaul* (Luchterhand-Neuwied/Kriftel/Berlin 1992), blz. 471-495.

138 De competentie van partijen wordt op een aantal punten beperkt; zo moet de overeenkomst betrekking hebben op het bedrijf, mag de overeenkomst niet in strijd komen met dwingend recht, of een collectieve arbeidsovereenkomst; met name dit laatste aspect levert problemen op.

139 Vergelijk de definitie van Nipperdey, aangehaald door Von Hoyningen-Huene, op.cit. (noot 16), blz. 200.

140 Van Wulfften Palthe, op.cit. (noot 42), blz. 362; op de blz. 373-375 is bij wijze van voorbeeld een bedrijfsovereenkomst bij Philips opgenomen.

141 D. Gaul, *Gesellschaftliche Grenzen betrieblicher Verstärkung von Mitbestimmungsrechten*, MDR 1993, blz. 813-819, met name 816-817.

einbarung geheten. In de literatuur blijkt nog geen overeenstemming te bestaan over de vraag wie de contractspartij van de concernbedrijfsraad moet zijn. Is dat de concernholding of zijn dat de verschillende groepsmaatschappijen?¹⁴²

Bedrijfsvereenkomsten hebben evenals een *Tarifvertrag* (collectieve arbeidsovereenkomst, CAO), zoals de Duitsers dat formuleren, een normatieve werking, zodat de bepalingen rechtstreeks en onbeperkt doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst van de werknemer (§ 77 Abs. 4 BetrVG).¹⁴³ Ook een rechterlijke uitspraak over de inhoud van een bedrijfsvereenkomst heeft normatieve werking.¹⁴⁴ Uit het Kabinetsstandpunt inzake de WOR blijkt dat het Kabinet ook op het gebied van arbeidsvoorwaarden ruimte ziet voor overeenkomsten tussen ondernemingsraad en ondernemer. Expliciet is hier echter vastgelegd, dat dergelijke 'ondernemingsvereenkomsten' niet, gelijk een collectieve arbeidsovereenkomst, dwingend en automatisch moeten kunnen binden.¹⁴⁵

Het is zeer wel denkbaar, dat een bepaling in een individuele arbeidsovereenkomst afwijkt van een later tot stand gekomen bedrijfsvereenkomst. Welke regeling moet in een dergelijk geval prevaleren? Van belang is hierbij het *Günstigkeitsprinzip*. Dit beginsel beschermt de werknemer in het geval dat zijn individuele arbeidsovereenkomst voordeliger is dan het in de bedrijfsvereenkomst vastgelegde, zodat de regeling in zijn arbeidsovereenkomst blijft gelden. Indien een bedrijfsvereenkomst een gunstiger regeling inhoudt dan een (individuele) arbeidsovereenkomst, prevaleert deze gunstiger regeling boven de regeling in de arbeidsovereenkomst. Wanneer er sprake is van algemene arbeidsvoorwaarden, kan een bedrijfsvereenkomst wel een verslechtering van deze voorwaarden voor de werknemer inhouden; op deze regeling zijn weer twee beperkingen gemaakt. Allereerst is het zo, dat de bedrijfsvereenkomst in haar totaliteit geen verslechtering van de positie van de werknemer mag inhouden. Wanneer zij dat vervolgens wel doet, is zij

142 Zie hieromtrent: M. Bachner, *Die Rechtsetzungsmacht der Betriebsparteien durch Konzernbetriebsvereinbarung*, NZA 1995, blz. 256-260.

143 Schaub, op.cit. (noot 43), blz. 279.

144 Von Hoyningen-Huene, op.cit. (noot 16), blz. 201 waar aangehaald wordt: BAG 17. 2. 1992, NZA 1992, 999; Jacobs, op.cit. (noot 47), blz. 179.

145 Kabinetsstandpunt, blz. 20-21; vergelijk: P.F. van der Heijden/J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst* (Sdu-'s-Gravenhage 1995), blz. 14-20.

slechts toegestaan indien deze beperkingen niet in strijd zijn met de redelijkheid en de billijkheid.¹⁴⁶

Twee hoofdvormen van bedrijfsovereenkomsten kunnen onderscheiden worden: bedrijfsovereenkomsten waarvan de totstandkoming afgedwongen kan worden, en niet afdwingbare bedrijfsovereenkomsten. Van een afdwingbare bedrijfsovereenkomst is sprake wanneer de totstandkoming bij de *Einigungsstelle* (bemiddelingscollege) gevraagd kan worden. Een bedrijfsovereenkomst is vrijwillig wanneer beide partijen geen recht hebben op het afsluiten ervan.¹⁴⁷ Wanneer men de opsomming van 'afdwingbare' bedrijfsovereenkomsten bestudeert, valt op dat het hier voornamelijk aangelegenheden betreft die betrekking hebben op sociale aangelegenheden en arbeidsvoorwaarden (§ 87 BetrVG). Een sociaal plan (§ 112 Abs. 1 BetrVG) heeft de vorm van een afdwingbare bedrijfsovereenkomst. Ook de onderwerpen waarover vrijwillige bedrijfsovereenkomsten gesloten kunnen worden, hebben voornamelijk betrekking op sociale aangelegenheden en arbeidsvoorwaarden, vergelijk § 88 BetrVG waarin een opsomming is gegeven van onderwerpen die binnen de categorie 'sociale aangelegenheden' vallen. Voor naleving van vrijwillige bedrijfsovereenkomsten gelden de regels uit het overeenkomstenrecht (§ 145 e.v. BGB).¹⁴⁸

In een bedrijfsovereenkomst kunnen in principe aangelegenheden worden geregeld, die ook onderwerp van een collectieve arbeidsovereenkomst (CAO [*Tarifvertrag*], zie hieronder paragraaf 4.6) kunnen zijn. Het mag echter niet zo zijn dat er door een bedrijfsovereenkomst in het nadeel van de werknemer wordt afgeweken van een bepaling uit een collectieve arbeidsovereenkomst.¹⁴⁹ In § 77 Abs. 3 is expliciet vastgelegd dat arbeidsbeloning en

146 Zie verder over deze *ablösende* of *verschlechternde Betriebsvereinbarung*: G. Scharmann, Die ablösende Betriebsvereinbarung (Peter Lang-Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1989); R. Richardi, Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts zur ablösende Betriebsvereinbarung, NZA 1987, blz. 185-191 (bespreking van BAG GS 16.9.1986); R. Richardi, Ablösung arbeitsvertraglicher Vereinbarungen durch Betriebsvereinbarung, NZA 1990, blz. 331-334 (bespreking van BAG 21. 9. 1990); E. Herrmann, Das Günstigkeitsprinzip und die verschlechternde Betriebsvereinbarung, ZfA 1989, blz. 577-643; L. Fastrich, Betriebsvereinbarung und Privatautonomie, RdA 1994, blz. 129-139.

147 Schaub, op.cit. (noot 43), blz. 273-274 en Commentaar BetrVG, § 77 aant. 27 en 28 geven overzichten van vrijwillige en afdwingbare bedrijfsovereenkomsten.

148 Schaub, op.cit. (noot 43), blz. 271-272.

149 Schaub, op.cit. (noot 43), blz. 275.

soortgelijke aangelegenheden op het gebied van arbeidsvoorwaarden niet in een bedrijfsovereenkomst geregeld kunnen worden, wanneer zij in een CAO geregeld zijn. Uitzondering op deze regel bestaat in het geval dat de CAO-bepaling uitdrukkelijk regeling in een bedrijfsovereenkomst mogelijk maakt.¹⁵⁰ Doel van deze bepaling is te zorgen dat de CAO-autonomie de voorrang heeft.¹⁵¹ Toch blijkt uit zowel de literatuur als de rechtspraak, dat zich vaak problemen voordoen in de verhouding tussen de bedrijfsovereenkomst en CAO.¹⁵²

Een bedrijfsovereenkomst kan op verschillende gronden eindigen; bijvoorbeeld door het verstrijken van de termijn waarvoor hij is aangegaan, door fusie van het bedrijf of door opzegging.¹⁵³ Behoudens verlenging bedraagt de opzeggingstermijn drie maanden (§ 77 Abs. 5 BetrVG). § 77 Abs. 6 BetrVG bepaalt dat een bedrijfsovereenkomst na beëindiging nog geldt tot zij door een nieuwe bedrijfsovereenkomst wordt vervangen. Uit rechtspraak blijkt dat deze bepaling niet geldt voor de vrijwillige bedrijfsovereenkomst.¹⁵⁴ Ook kan de bedrijfsovereenkomst eindigen doordat er een nieuwe bedrijfsovereenkomst wordt afgesloten over dezelfde aangelegenheid. De

150 Een voorbeeld van een geval waar een CAO opening liet voor een bedrijfsovereenkomst daar de CAO geen sluitende regeling in de zin van § 87 Abs. 1 inhield, vormt BAG 4. 7. 1989 - 1 ABR 40/88, BB 1990, blz. 918-920, een dergelijk geval vormt ook: BAG 3. 12. 1991 - GS 2/90+, ZIP 1992, blz. 1095-1109.

151 Bijvoorbeeld: Commentaar BetrVG, § 77 aant. 19.

152 Vergelijk hierover bijvoorbeeld: R. Wank, Tarifautonomie oder betriebliche Mitbestimmung?, RdA 1991, blz. 129-139; G. Müller, Zum Verhältnis zwischen Betriebsautonomie und Tarifautonomie, ArbuR 1992, blz. 257-262; en de gepubliceerde voordrachten over dit onderwerp van: O.E. Kempen, Betriebsverfassung und Tarifvertrag, RdA 1994, blz. 140-152 en D. Reuter, Betriebsverfassung und Tarifvertrag, RdA 1994, blz. 152-168; O.R. Kissel, Kollektive Arbeitsbedingungen im Spannungsfeld zwischen Tarif- und Betriebsautonomie, NZA 1995, blz. 1-5; M. Heinze, Kollektive Arbeitsbedingungen im Spannungsfeld zwischen Tarif- und Betriebsautonomie, NZA 1995, blz. 5-8 (deze beide bijdragen werden als voordracht gehouden op een forum over dit onderwerp); H. Ehmann/Th.B. Schmidt, Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge, NZA 1995, blz. 193-203.

153 Von Hoyningen-Huene, op.cit. (noot 16), blz. 222, zie ook G. Schaub, Die Beendigung von Betriebsvereinbarungen, BB 1995, blz. 1639-1642.

154 BAG 16. 6. 1986 - GS 1/82. BB 1987, blz. 265-272; G. Schaub, Änderungskündigung und Kündigungsschutz bei Betriebsvereinbarungen, BB 1990, blz. 289-291 ontwikkelt gedachten om analoog aan ontslagbescherming en bescherming bij verandering van arbeidsovereenkomsten te komen tot 'opzegbescherming' en wijzigingsbescherming bij bedrijfsovereenkomsten.

inhoud van de nieuwe bedrijfsovereenkomst kan voor de werknemer ongunstiger zijn. De veranderingen die een nieuwe bedrijfsovereenkomst brengt, dienen echter wel binnen de grenzen van redelijkheid en billijkheid te blijven.¹⁵⁵ Het beginsel dat de laatst tot stand gekomen overeenkomst gelding heeft, wordt aangeduid als de *Zeitkollisionsregel*.

Over bedrijfsovereenkomsten wordt in Duitsland veel gepubliceerd. De problemen rond deze figuur verschillen van de moeilijkheden die zich in Nederland rond medezeggenschapsconvenanten voordoen. In de eerste plaats komt dat, doordat bedrijfsovereenkomsten een wettelijke basis hebben, zodat de geldigheid en naleving ervan niet problematisch is. Daarnaast worden bedrijfsovereenkomsten voornamelijk gesloten met betrekking tot arbeidsvoorwaarden. Afbakeningproblemen doen zich dan ook voornamelijk voor in de verhouding tot collectieve arbeidsovereenkomsten. Veelal is dan ook de bevoegdheidsverdeling tussen bedrijfsraad en vakbeweging van belang.¹⁵⁶ Aangezien bedrijfsovereenkomsten over het algemeen geen financieel-economische besluiten tot onderwerp hebben, zijn ze voor dit onderzoek niet van groot belang.

4.5.2 Ondernemingsniveau

Interessant is, of er in het Duitse recht afspraken dan wel convenanten tot stand komen, waarin medezeggenschap op ondernemingsniveau wordt geregeld. Vooropgesteld moet worden, dat de bevoegdheid om overeenkomsten te sluiten over de inrichting van medezeggenschap op ondernemingsniveau niet wettelijk is geregeld. Ook blijkt niet uit de door mij bestudeerde rechtspraak en literatuur, dat in Duitsland afspraken en convenanten voorkomen die medezeggenschap geven op het niveau van de rechtspersoon. Dit verbaast niet, daar medezeggenschap op ondernemingsniveau gestalte krijgt

155 W. Leinemann, Änderung von Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarungen (Fragen zum Beschluss des Grossen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 16. September 1986), BB 1989, 1905-1912.

156 Zie Koene/Slopp, op.cit. (noot 4), blz. 102. Vergelijk ook: BAG 21. 9. 1989 - AZR 454/88, BB 1990, blz. 994-998; F. Gamillscheg, Überlegungen zum Verhältnis von Gewerkschaft und Betriebsrat, in: Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung (Luchterhand-Neuwied/Kriftel/Berlin 1995), blz. 129-148 (met name par. IV). W. Grunsky, Antragsbefugnis der Gewerkschaft zur Feststellung der Tarifvertragswidrigkeit einer Betriebsvereinbarung, DB 1990, blz. 526-533, is van mening dat, in afwijking van de huidige rechtspraak, ook een vakbond het recht heeft een beroep te doen op nietigheid van een bedrijfsovereenkomst op grond van strijd met een CAO-bepaling.

door werknemersvertegenwoordiging in de Aufsichtsrat, vergelijkbaar met de Nederlandse raad van commissarissen. Ook in het Nederlandse recht worden er slechts sporadisch afspraken gemaakt over de uitoefening van bevoegdheden door raden van commissarissen binnen (structuur)vennootschappen.¹⁵⁷

Enige literatuur komt men tegen over de *Mitbestimmungsvereinbarung* (medezeggenschapsovereenkomst).¹⁵⁸ In dergelijke overeenkomsten blijkt wel vastgelegd te worden dat bepaalde ondernemingen, hoewel ze niet meer onder het wettelijk regime vallen, toch nog een stelsel van *Mitbestimmung* in stand houden. Zo'n situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen in geval van een reorganisatie.¹⁵⁹ Het betreft hier dus een vrijwillige toepassing van de *Mitbestimmung*. Problematisch blijkt met name de vraag door welk orgaan aan de zijde van de werknemers een overeenkomst gesloten kan worden. De vakbond is onder omstandigheden bevoegd, de competentie van de bedrijfsraad in deze is zeer betwist.¹⁶⁰ Onder omstandigheden zijn medezeggenschapsovereenkomsten vast te leggen in CAO-bepalingen.¹⁶¹ Daarnaast is het denkbaar dat de statuten regelingen treffen ten aanzien van de medezeggenschap op ondernemingsniveau. Bepalingen kunnen worden opgenomen ten aanzien van de stemgebondenheid, verkiezingen van de raad van toezicht en de werknemersvertegenwoordiging binnen de raad.¹⁶²

4.6 Tarifverträge

Het collectief arbeidsvoorwaardenrecht is vastgelegd in het *Tarifvertragsgesetz* (TVG).¹⁶³ Een CAO moet schriftelijk aangegaan worden (§ 1 Abs. 2

157 Zie over deze afspraken en hun toelaatbaarheid hoofdstuk 2, par. 2.9.

158 H.J. Mertens, Zur Gültigkeit von Mitbestimmungsvereinbarungen, AG 1982, blz. 146 e.v.; Th. Raiser, Privatautonome Mitbestimmungsregelungen, BB 1977, blz. 1461-1468.

159 Mertens, loc.cit. (noot 158), blz. 144.

160 Konzen, loc.cit. (noot 122), blz. 294.

161 Konzen, loc.cit. (noot 122), blz. 295-296.

162 Het voert te ver hier inhoudelijk de grenzen waarbinnen medezeggenschapsovereenkomsten gesloten kunnen worden te bespreken. Verwezen wordt naar Konzen, loc.cit. (noot 122), blz. 296-301.

163 BGBl. 1969 I S. 1323.

TVG). Partij bij een CAO kunnen vakbonden zijn, en een afzonderlijke werkgever dan wel werkgeversverenigingen (§ 2 Abs. 1 TVG).¹⁶⁴

De collectieve arbeidsovereenkomst bevat de rechten en verplichtingen van de CAO-partijen, en bevat daarnaast rechtsnormen die betrekking kunnen hebben op de inhoud, het afsluiten en het beëindigen van arbeidsverhoudingen, evenals kwesties inzake de organisatie van en medezeggenschap in de onderneming (§ 1 Abs. 1 TVG).¹⁶⁵ Uit deze bepaling blijkt, dat medezeggenschapsrechten vastgelegd kunnen worden in een CAO. Uit de literatuur blijkt, dat de afbakening tussen de CAO en de op grond van het *Betriebsverfassungsgesetz* bestaande medezeggenschap niet altijd even makkelijk is.¹⁶⁶ Met name doen zich problemen voor indien medezeggenschapsrechten van de bedrijfsraad worden vastgelegd in *Betriebsvereinbarungen* (bedrijfsovereenkomsten). Ook in § 3 Abs. 2 TVG wordt expliciet rekening gehouden met het vastleggen van medezeggenschapsrechten in een CAO; bepaald is daar, dat de CAO-bepalingen over medezeggenschapsrechtelijke kwesties gelden voor alle bedrijven waarmee de werkgever een CAO heeft afgesloten; dit betekent dat dergelijke normen ook gelden voor werknemers bij die bedrijven die geen partij zijn bij de CAO.¹⁶⁷

164 Voor een nadere omschrijving van de vakbonden die bevoegd zijn om een CAO af te sluiten, verwijs ik naar Zöllner/Loritz, op.cit. (noot 6), blz. 340-341.

165 § 1 Abs. 1 TVG spreekt van *Betriebsnormen* en *Betriebsverfassungsrechtliche Normen*. De eerste categorie betreft regelingen rond de arbeidsorganisatie, de tweede categorie betreft de medezeggenschap van werknemers op bedrijfsniveau, zie Zöllner/Loritz, op.cit. (noot 6), blz. 349-350.

166 Ik laat dit probleem hier verder onbesproken en verwijs naar: O.E. Kempen, *Betriebsverfassung und Tarifvertrag*, RdA 1994, blz. 140-152; D. Reuter, *Betriebsverfassung und Tarifvertrag*, RdA 1994, blz. 152-168. Voor meer literatuur vergelijk men het notenapparaat van deze bijdragen. U. Meier-Krenz, *Die Erweiterung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats durch Tarifvertrag* (P. Lang-Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1988), concludeerde (in 1988) dat de medezeggenschapsrechten van de bedrijfsraad met name worden uitgebreid in sociale en personele aangelegenheden. In economische aangelegenheden komt een dergelijke uitbreiding de CAO-partijen niet toe, daar zij niet vallen binnen het bereik van een collectieve arbeidsovereenkomst; dit met verwijzing naar Art. 9 Abs. 3 *Grundgesetz*; zie blz. 199 aldaar.

167 Belangrijk verschil met het Nederlandse recht (art. 14 WCAO) is, dat het Duitse recht de werkgever overigens niet verplicht de CAO toe te passen op niet georganiseerde werknemers, zie Jacobs, op.cit. (noot 47), blz. 152.

Een collectieve arbeidsovereenkomst moet worden neergelegd bij het *Tarifregister* (CAO-register). Dit register wordt bijgehouden door het Ministerie van Sociale Zaken te Bonn (§§ 6-7 TVG).¹⁶⁸

Evenals in het Nederlandse recht kunnen *Tarifverträge* algemeen verbindend verklaard worden (§ 5 TVG).¹⁶⁹

4.7 Samenvatting

In dit hoofdstuk is een beknopt overzicht gegeven van de Duitse medezeggenschapswetgeving. Net als het Nederlandse systeem kent Duitsland medezeggenschap op twee niveau's; het niveau van de arbeidsorganisatie (*Betrieb*) en het niveau van de onderneming (*Unternehmen*). Dit onderscheid lijkt echter stringenter te zijn dan in Nederland, waar de ondernemingsraad, met name door het adviesrecht van artikel 25 Wet op de ondernemingsraden, een belangrijk medezeggenschapsrecht heeft dat niet alleen ziet op de arbeidsorganisatie (de onderneming in de zin van de WOR, of het *Betrieb*). In Duitsland lijkt het onderscheid sterker doorgevoerd te worden, en tracht men vermenging van beide medezeggenschapsvormen te voorkomen, hoewel zich op sommige terreinen en op het niveau van bijvoorbeeld de *Gesamtbetriebsrat*, de *Konzernbetriebsrat* en de *Konzernaufsichtsrat* wel overlappingen voordoen. Ook de economische commissie begeeft zich in een aantal gevallen op ondernemingssterrein. In hoofdstuk 10 zullen de rechten van werknemers (vertegenwoordigers) bij verschillende financieel-economische besluiten aan de orde komen. Hieronder geef ik een opsomming van de verschillende Duitse medezeggenschapsregelingen met hun toepassingsgebied.

Medezeggenschap op bedrijfsniveau

Betriebsverfassungsgesetz 1972

Toepasselijkheid: bedrijven met minimaal 5 kiesgerechtigde werknemers, ongeacht de rechtsvorm.

168 Daarnaast moet de CAO door de werkgever op een voor iedereen toegankelijke plaats ter inzage gelegd worden, § 8 TVG.

169 Omdat ik het arbeidsovereenkomstenrecht als zodanig onbesproken laat, verwijs ik voor het overige naar: Jacobs, op.cit. (noot 47), hoofdstuk 10 over het vakverenigings- en CAO-recht. Ik verwijs tevens naar nr. 3 van zijn bijdrage 'De bevoogding van de ondernemingsraad', SMA 1991, blz. 709-719.

Medezeggenschapsorgaan: Betriebsrat (bedrijfsraad), bestaande uit *Arbeiter* (arbeiders) en *Angestellte* (employées).

Een informatierecht heeft de bedrijfsraad in alle aangelegenheden. In personele aangelegenheden (§§ 92-105) heeft de bedrijfsraad een instemmingsrecht (§ 99-101) en een adviesrecht (§ 102-104). Ook in sociale aangelegenheden (§§ 87-91) is er een instemmingsrecht. In economische aangelegenheden (§§ 106-113) heeft de bedrijfsraad een adviesrecht bij *Betriebsänderungen* (herstructureringen); de economische commissie komt in economische aangelegenheden een overlegrecht toe.

Naast deze wettelijke medezeggenschapsregelingen kan uitbreiding/specificatie van medezeggenschapsrechten op bedrijfsniveau plaatsvinden in zogenaamde *Betriebsvereinbarungen* (bedrijfsovereenkomsten)

Medezeggenschap op ondernemingsniveau

Mitbestimmungsgesetz 1976

Toepasselijkheid: *Aktiengesellschaft* (AG), *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH), *Kommanditgesellschaft* (KGaA), *bergrechtliche Gewerkschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit*, *Erwerbsgenossenschaften Wirtschaftsgenossenschaft* (onder omstandigheden: GmbH & Co KG); minimaal 2000 werknemers.

Medezeggenschapsorgaan: *Aufsichtsrat* (raad van toezicht); paritair samengesteld (dubbele stem voorzitter), aan werknemerszijde een evenredige verdeling tussen arbeiders en employées.

Betriebsverfassungsgesetz 1952

Toepasselijkheid: AG, KG auf Aktien met minder dan 2000 werknemers; voor na 1 januari 1995 opgerichte AG's geldt dat de *Mitbestimmung* pas geldt, wanneer er meer dan 500 werknemers aanwezig zijn; GmbH, *bergrechtlichen Gewerkschaften* en verzekeringsbedrijven met meer dan 500 werknemers; alleen van toepassing wanneer een bedrijf niet onder één van de andere medezeggenschapsregelingen op ondernemingsniveau valt.

Medezeggenschapsorgaan: *Aufsichtsrat* (raad van toezicht) bestaande voor een derde uit werknemersleden en voor tweederde uit aandeelhoudersleden.

Montan-Mitbestimmungsgesetz 1952

Toepasselijkheid: AG, GmbH, *bergrechtliche Gewerkschaft* in de *Montanindustrie* (steenkol-, staal- en ijzerindustrie); minimaal 1000 werknemers.

Medezeggenschapsorgaan: paritair samengestelde *Aufsichtsrat* met neutrale voorzitter (oneven aantal leden).

Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz 1956 (Holding Novelle) laatstelijk gewijzigd in 1989

In concernverhoudingen van toepassing; regeling van medezeggenschap in *Aufsichtsrat* dominerende onderneming.

Medezeggenschapsorgaan: paritair samengestelde *Aufsichtsrat* (raad van toezicht) met neutrale voorzitter.

Naast medezeggenschap op grond van deze wetten, kunnen werknemers in ondernemingen die onder MitbestG of *Montan-Mitbestimmung* vallen indirect medezeggenschap uitoefenen door middel van de arbeidsdirecteur (*Arbeitsdirektor*). Deze arbeidsdirecteur maakt deel uit van het vertegenwoordigend orgaan (meestal bestuur) en is met name belast met personele en sociale aangelegenheden.¹⁷⁰ De *Aufsichtsrat* oefent invloed uit op de benoeming van de arbeidsdirecteur; in het Montan-MitbestG 1951 hebben de werknemersleden zelfs een vetorecht.

Ook is het mogelijk, dat werknemers medezeggenschapsrechten ontleen aan een collectieve arbeidsovereenkomst. In de praktijk zijn de grenzen tussen de *Betriebsverfassung* en *Tarifautonomie* niet altijd even duidelijk gebleken.

170 Raiser, op.cit. (noot 74), blz. 500.

EUROPESE ONTWIKKELINGEN OP HET TERREIN VAN MEDEZEGGENSCHAP

5.1 Inleiding

De in de vorige hoofdstukken gegeven schets van het medezeggenschapsrecht in Nederland en Duitsland zou niet compleet zijn, wanneer niet tevens de Europese ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschapsregelingen zouden worden aangegeven.¹

In het kader van de harmonisatie van het ondernemings- en vennootschapsrecht in Europa zijn verschillende pogingen ondernomen om ook het medezeggenschapsrecht te harmoniseren.² Grondslag voor de harmonisatie

-
- 1 Buiten beschouwing blijven hier: de Richtlijn van de EG die betrekking heeft op de informatieverplichting van de werkgever inzake de arbeidsverhouding: PB EG nr. L 288 van 18 oktober 1991, blz. 32 en het ontwerp voor een tiende Richtlijn (grensoverschrijdende fusie). Op dit laatste ontwerp kom ik terug in hoofdstuk 6.
 - 2 Vergelijk M.Tj. Bouwes, De voortgang van de harmonisatie van het vennootschapsrecht, in: Grensoverschrijdend privaatrecht (Kluwer-Deventer 1993), blz. 27-35; W.C.L. van der Grinten, Harmonisatie van het vennootschapsrecht, NV 71 (1993), blz. 311-313; F. Koning, Subsidiariteit en medezeggenschap, NV 71 (1993), blz. 305-310; H.J.M.N. Honée, Europese rechtsvormen en subsidiariteit, NV 71 (1993), blz. 314-317; K. Hopt, Harmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht, ZGR 1992, blz. 265-295, waarin specifiek aandacht voor de problemen ten aanzien van de harmonisatie van het medezeggenschapsrecht (blz. 276-280) en M. Lutter, Europäisches Unternehmensrecht (3. Aufl. Walter de Gruyter-Berlin/New York 1991). Verwezen wordt ook naar de bundel 'Harmonisatie van vennootschaps- en effectenrecht (Kluwer-Deventer 1988), waarin bijdragen van Van Hulle, Landau, Schaafsma en Raaijmakers; M. Lutter, Perspektiven eines europäischen Unternehmensrechts - Versuch einer Summe, ZGR 1992, blz. 435-451, met name blz. 439, 440 met betrekking tot de *Mitbestimmung*; R. Blanpain, Representation of Employees at the level of the Enterprise and the EEC, RdA 1992, blz. 127-133; J. Pipkorn, Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmen auf Europäischer Grundlage, RdA 1992, blz. 120-127; J. van Ruyseveldt, Ontwerpen van Europese medezeggenschap, Tijdschrift voor arbeidsvraagstukken 1993, blz. 78-89; P. Behrens, Die Europäisierung des Gesellschaftsrechts, GmbHR 1993, blz. 129-136; M. Blank, Perspektiven der Mitbestimmung in der EG, ArbU 1993, blz. 229-235; ook wijs ik nog op: H.J. de Kluiver, European and American Company Law, A comparison after 25 Years of EC Harmonisation, MJ 1994, blz. 139-165 (met name paragraaf 5). P.M. Wiesner, Stand des Europäischen Unternehmensrechts, EuZW 1994, blz. 588-599 (met een schematisch overzicht van de verschillende richtlijnvoorstellen).

van het vennootschapsrecht vormt veelal artikel 54 lid 3 sub g EG-Verdrag. Hiernaast kan gewezen worden op artikel 100 EG-Verdrag, dat een algemene basis vormt voor de harmonisatiewetgeving. De betekenis van deze laatste bepaling is sinds de invoering van de artikelen 100A en 100B EG-verdrag die nieuwe harmonisatieclausules bevatten, sterk verminderd.³

Een van de doelstellingen van harmonisatie van vennootschapsrecht is, te voorkomen, dat bepaalde landen door een relatief milde vennootschapswetgeving, aantrekkelijk worden voor de oprichting van vennootschappen.⁴ In navolging van de Verenigde Staten is ook bij ons dit verschijnsel bekend als het *Delaware-effect*.⁵ Opgemerkt wordt daarbij, dat niet zozeer de verschillen in vennootschapswetgeving als wel in andere regelingen, waaronder met name de medezeggenschapsregeling in een bepaalde Lid-Staat, bepalend kunnen zijn bij de keuze van de vestigingsplaats van een rechtspersoon.⁶

In februari 1992 kwam het Verdrag van Maastricht betreffende de Europese Unie tot stand. In dat Verdrag is het zogenaamde subsidiariteitsbeginsel vastgelegd. Dit subsidiariteitsbeginsel (toegevoegd achter artikel 3B EEG-Verdrag) houdt in, dat de organen van de Europese Unie zich behoren te onthouden van regelgeving voor onderwerpen waarvan de regeling, zonder gemeenschappelijke belangen te schaden, aan de autonome beslissing van de afzonderlijke Lid-Staten overgelaten kan worden.⁷ Aanvaarding van het sub-

Een overzicht van medezeggenschapsregelingen in de verschillende Lid-Staten wordt gegeven door (onder anderen): J. van Wulfften Palthe, Industriële medezeggenschapsrechten in rechtsvergelijkend verband (diss. Rotterdam 1986); Th.E. Abeltshauser, Strukturalternativen für eine europäische Unternehmensverfassung. [Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum 5. gesellschaftsrechtlichen EG-Richtlinienvorschlag] (Duncker & Humblot-Berlin 1990). A.M. Koene/H. Slomp, Medezeggenschap van werknemers op ondernemingsniveau (VUGA-'s-Gravenhage 1991); H. Slomp, Medezeggenschap in Europa: zoveel landen, zoveel zinnen? Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken 1993, blz. 66-77.

- 3 Verder: R.H. Lauwaars/C.W.A. Timmermans, Europees Gemeenschapsrecht kort bestek (derde druk, Wolters-Noordhoff-Groningen 1995), blz. 199-200; P.J.G. Kapteyn/P. Verloren van Themaat, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen (vijfde druk, Kluwer-Deventer 1995), blz. 429-431.
- 4 Lauwaars/Timmermans, op.cit. (noot 3), blz. 239.
- 5 Zie: B. Hatzis-Schoch, Die Bedeutung von Delaware für das US-amerikanische Gesellschaftsrecht, RIW 1992, blz. 539-543; De Kluiver, loc.cit. (noot 2), blz. 152 is door dit argument niet overtuigd.
- 6 C.W.A. Timmermans, De tweede golf: de Europese onderstroom, TVVS 1983, blz. 166.
- 7 Vergelijk NV 71 (1993), blz. 281; vergelijk over dit beginsel bijvoorbeeld Koning, loc.cit. (noot 2), nrs. 1-4.

sidiariteitsbeginsel doet de vraag rijzen of harmonisatie van vennootschaps- en medezeggenschapsrecht wel noodzakelijk is. In de literatuur worden daarover verschillende meningen verdedigd, die hieronder nog ter sprake komen.

In Maastricht is tevens het Sociaal Protocol betreffende de sociale politiek tot stand gekomen. Dit Protocol is gevoegd bij het Verdrag betreffende de Europese Unie, en biedt aan de Lid-Staten (met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk) machtiging om de sociale dimensie van Europa verder vorm te geven. Dit geschiedt op grond van een Overeenkomst gesloten ter uitvoering van het Europees Handvest.⁸ Bij deze overeenkomst is het Verenigd Koninkrijk geen partij.

Het plan van behandeling is als volgt. Allereerst wordt in dit hoofdstuk een overzicht gegeven van de ontwikkelingen die zich in de afgelopen tijd hebben voltrokken rondom de Richtlijn Europese ondernemingsraad (par. 5.2). Daarna komen achtereenvolgens aan de orde het ontwerp vijfde Richtlijn (5.3), en de voorstellen die betrekking hebben op de totstandbrenging van de Europese vennootschap, vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij (5.4). Het hoofdstuk wordt in 5.5 met een conclusie besloten.

5.2 Richtlijn Europese ondernemingsraad

5.2.1 Voorgeschiedenis

In september 1994 nam de Raad van Ministers⁹ de Richtlijn Europese ondernemingsraad aan.¹⁰ Met recht kan gesproken worden van een mijlpaal

8 De tekst van het Protocol betreffende de sociale politiek is opgenomen in SR 1992, blz. 140-142 en J.P.M. Zeijen, *Europees sociaal beleid na Maastricht: een ratjetoe?*, SR 1992, blz. 132-139; Koning, loc.cit (noot 2), nr. 3.

9 Het betreft hier overigens een incomplete Raad, daar het Verenigd Koninkrijk zoals al opgemerkt zich niet heeft aangesloten bij de Overeenkomst gehecht aan het 'Protocol betreffende de sociale politiek' zoals gevoegd bij het Verdrag betreffende de Europese Unie.

10 Richtlijn 94/45/EG van de Raad van 22 september 1994 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers, PB EG nr. L 254 van 30 september 1994, blz. 64. Over deze Richtlijn publiceerden: H.J.M.N. Honée, *Communautaire Medezeggenschap*, NV 72 (1994), blz. 258-263; H.J. de Bijl Nachenius, *De ondernemingsraad en de Europese ondernemingsraad*, NV 72 (1994), blz. 263-266; J.J.M. Lamers, *De Europese ondernemingsraad: een effectieve doorbraak?*

in de Europese medezeggenschapswetgeving, want aan de onderhavige Richtlijn liggen vele pogingen van de Europese Commissie (verder Commissie) om tot harmonisatie van het medezeggenschapsrecht door middel van een Europese ondernemingsraad te komen ten grondslag. De eerste initiatieven om te komen tot instelling van een ondernemingsraad op Europees niveau dateren uit 1980, de ontwerp-Vredeling Richtlijn.¹¹ In december 1990 is door de Commissie een nieuw voorstel ingediend¹², dat ondanks wijziging¹³, niet werd aangenomen. Het ontwerp voor de nu aangenomen Richtlijn werd in het voorjaar van 1994 bij de Raad van Ministers ingediend.¹⁴ Het laatste ontwerp kon zo snel de status van richtlijn krijgen,

SR 1994, blz. 314-318; H. Klinkhammer, Auf der Zielgeraden: Der Europäische Betriebsrat, ArbuR 1994, blz. 326-332; W.J. Slagter, De Europese ondernemingsraad, TVVS 1994, blz. 202-206 met reactie T.R. Ottervanger, De Europese Ondernemingsraad, enkele Europeesrechtelijke observaties, TVVS 1994, blz. 339-340 en naschrift van Slagter, TVVS 1994, blz. 340-341; F. Koning, De Europese ondernemingsraad, SMA 1995, blz. 89-102; P. Sanders, De Europese Vennootschap en de Europese Ondernemingsraad, TVVS 1995, blz. 57-61; H.J.M.N. Honée, Overeenkomsten betreffende Communautaire Medezeggenschap, NV 73 (1995), blz. 47-52; F. Koning, De Europese ondernemingsraad: keuzes en konsekventies, NV 73 (1995), blz. 73-81; K.S. Hohenstatt, Der Europäische Betriebsrat und seine Alternativen, EuZW 1995, blz. 169-172; P. Mozet, Beteiligung der Arbeitnehmer zur EG-Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat, ZEuP 1995, blz. 552-563; M. Heinze, Der Europäische Betriebsrat: Die Richtlinie und ihre Alternativen, AG 1995, blz. 385-402; H. Schneider, The European Works Council Directive, in: Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union (Maklu-Antwerpen/Apeldoorn 1995), blz. 185-197; U.R. Mayer, Richtlinie Europäische Betriebsräte - Harmonisierungsprobleme bei der Umsetzung, BB 1995, blz. 1794-1798; D. Gaul, Die Einrichtung Europäischer Betriebsräte, NJW 1995, blz. 228-232; W. Hromadka, Rechtsfragen zum Eurobetriebsrat, DB 1995, blz. 1125-1131; J.J.M. Lamers, Medezeggenschap in concerns: effectiviteit van de nationale wetgeving en de Europese Richtlijn (Samson BedrijfsInformatie-Alphen aan den Rijn 1995); De Europese ondernemingsraden en de medezeggenschap per overeenkomst (Handelingen van de HSI-conferentie van 27 september 1995) Mededelingen van het Hugo Sinzheimer Instituut nr. 9 (Hugo Sinzheimer Instituut-Amsterdam 1995); M. Weiss, Die Umsetzung der Richtlinie über Europäischen Betriebsräte, ArbuR 1995, blz. 438-444.

- 11 PB EG nr. C 297 van 15 november 1980, blz. 3. Voor schets van de inhoud van dit voorstel verwijs ik naar Slagter, loc.cit. (noot 10), nr. 2.
- 12 PB EG nr. C 39 van 15 februari 1991, blz. 11; over dit ontwerp verscheen veel literatuur. Ik verwijs naar Slagter, loc.cit. (noot 10), blz. 202, noot 1.
- 13 PB EG nr. C 336 van 31 december 1991, blz. 11.
- 14 Voorstel voor een Richtlijn van de Raad inzake de instelling van een Europees comité of van een procedure ter informatie en raadpleging van de werknemers in ondernemingen of in concerns met een communautaire dimensie, PB EG nr. C 135 van 18 mei

omdat het Verenigd Koninkrijk (lange tijd tegenstander van harmonisatie van het medezeggenschapsrecht door middel van een Europese ondernemingsraad) niet langer bij de totstandkoming van de richtlijn betrokken was. Ook los daarvan is de procedure bijzonder snel verlopen, indien men in ogenschouw neemt dat het ontwerp twee maal in Raad en Europees Parlement behandeld werd.

De Richtlijn moet uiterlijk 22 september 1996 in de wetgevingen van de Lid-Staten geïmplementeerd zijn (art. 14 RL).¹⁵ Op 1 november 1995 was nog in geen enkele Lid-Staat een wetsvoorstel tot implementatie van de Richtlijn ingediend. Een wetsvoorstel voor implementatie in de Nederlandse wetgeving wordt verwacht in het voorjaar van 1996.¹⁶

5.2.2 Doelstelling en inhoud

Doelstelling van de Richtlijn Europese ondernemingsraad (RL) is het verbeteren van het recht van werknemers op informatie en raadpleging in ondernemingen en concerns met een communautaire dimensie (art. 1 lid 1 RL).¹⁷ Een *onderneming* heeft een 'communautaire dimensie', wanneer er minimaal 1000 werknemers in de Lid-Staten zijn, terwijl er in ten minste twee ver-

1994, blz. 8 (COM [94] 134 def. - 94/0113 [PRT]; een gewijzigd voorstel werd op 3 juni 1994 ingediend, PB EG nr. C 199 van 21 juli 1994, blz. 10. Over dit voorstel verschenen o.a. de bijdrage van Slagter, loc.cit. (noot 10) en G. Eser, *Europarechtliche Aspekte der Arbeitnehmermitbestimmung in Multinationalen Unternehmen*, ArbuR 1994, blz. 91-100.

- 15 Honée, *Communautaire Medezeggenschap* (loc.cit. noot 10), blz. 261 geeft aan, dat verarring kan ontstaan in het geval de Richtlijn op verschillende data binnen de Lid-Staten van kracht wordt.

Overigens schijnt een werkgroep van ambtenaren van de Commissie de implementatie van de Richtlijn in de verschillende Lid-Staten voor te bereiden. Men streeft gelijktijdige implementatie in de verschillende Lid-Staten na: H. van Zonneveld in zijn voordracht 'De implementatie van de Richtlijn inzake Europese ondernemingsraden en afstemming tussen de Lid-Staten', in: *De Europese ondernemingsraden en de medezeggenschap per overeenkomst* (op.cit. noot 10), blz. 9-10 en Hohenstatt, loc.cit. (noot 10), blz. 170.

- 16 Vergelijk Van Zonneveld (loc.cit. noot 15, blz. 10). Duidelijk is dat de termijn voor parlementaire behandeling zeer kort zal zijn, indien men voor 22 september 1996 tot implementatie moet overgaan. Ook voor implementatie in de overige Lid-Staten geldt dit bezwaar.
- 17 Honée, *Communautaire Medezeggenschap* (loc.cit. noot 10), blz. 258, merkt op dat bij een onderneming met communautaire dimensie veelal sprake zal zijn van een enkelvoudige onderneming met filialen in meerdere Lid-Staten.

schillende Lid-Staten minimaal 150 werknemers zijn (art. 2 lid 1 sub a RL); sprake is dus van één onderneming met twee vestigingen. Van een *concern* met een ‘communautaire dimensie’ is sprake, wanneer er binnen het concern ten minste 1000 werknemers in de Lid-Staten zijn, waarbij het concern uit minimaal 2 ondernemingen in verschillende Lid-Staten moet bestaan. Bovendien moeten tenminste twee ondernemingen in verschillende Lid-Staten ten minste 150 werknemers hebben, (art. 2 lid 1 sub b en c RL). In de praktijk komt het concern met een aantal dochtervennootschappen het meest voor.¹⁸ In artikel 3 RL is een groepsdefinitie opgenomen.¹⁹ De werking van de Richtlijn is beperkt tot ondernemingen/concerns met communautaire dimensie voor zover die binnen de Europese Unie zijn gevestigd, zo blijkt uit artikel 4 lid 1 RL. Indien het hoofdbestuur van een dergelijk(e) onderneming/concern niet in de Europese Unie gevestigd is, worden de taken van het hoofdbestuur door een vertegenwoordiger of door het bestuur van een vestiging/concernonderneming met de meeste werknemers vervuld (art. 4 lid 2 RL).²⁰

De Richtlijn laat de onderneming of het concern met communautaire dimensie zeer grote vrijheid in de inrichting van de medezeggenschap; de autonomie van partijen staat voorop. De volgende opties zijn mogelijk.

1 *Overeenkomst betreffende communautaire medezeggenschap (art. 13 RL)*

Als er binnen de onderneming of het concern met communautaire dimensie reeds een overeenkomst bestaat inzake grensoverschrijdende medezeggenschap voor alle werknemers, zijn de verplichtingen uit de Richtlijn niet van toepassing (art. 13 lid 1 RL).²¹ Wanneer deze overeenkomst verstrijkt, kunnen partijen in gezamenlijk overleg besluiten tot verlenging ervan (art. 13 lid 2 RL). Gebeurt dat niet, dan zijn de bepalingen uit de Richtlijn van toepassing. Bij verschillende internationale concerns zijn al medezeggen-

18 Vergelijk Sanders, loc.cit. (noot 10), blz. 57 die aangeeft dat er in Europa 546 concerns onder de werking van de Richtlijn vallen, waarvan 83 in Nederland.

19 Vergelijk hierover Honée, Communautaire Medezeggenschap (loc.cit. noot 10), blz. 259; de terminologie is afwijkend van die uit de voorstellen van 1991 waar wel van moeder- en dochtermaatschappijen werd gesproken.

20 Het Verenigd Koninkrijk is niet aangesloten bij het Verdrag; toch kan via artikel 4 RL net als bij ‘niet Lid-Staten’ betrokkenheid ontstaan.

21 Of eigenlijk: dan kan het hoofdbestuur niet tot het instellen van een onderhandelingsgroep gedwongen worden; Honée, loc.cit. (noot 10), blz. 48.

schapsovereenkomsten gesloten.²² In september 1995 bedroeg het aantal overeenkomsten over een Europese ondernemingsraad 66; daarvan was er geen enkele gesloten door een onderneming/concern met communautaire dimensie met zetel in Nederland.²³ Interessant is, dat uit het onderzoek van Hall en Carley is gebleken, dat er in een aantal gevallen medezeggenschapsovereenkomsten door Engelse concerns zijn gesloten; daarnaast strekken medezeggenschapsovereenkomsten van Duits/Franse multinationals zich ook uit tot Engelse werknemers. Ook participeert Zwitserland, ondanks het feit dat het geen Lid-Staat is, in medezeggenschapsovereenkomsten.²⁴

Deze 'artikel 13-overeenkomst' roept een groot aantal vragen op, waarvan ik er hier twee aanstip.

Allereerst de formulering dat de overeenkomst moet gelden voor alle werknemers. Dient hieruit afgeleid te worden dat aan werknemerszijde partij bij de overeenkomst moeten zijn werknemersvertegenwoordigers uit alle betrokken Lid-Staten?²⁵ Met Honée ben ik van mening dat dit niet noodzakelijk is daar artikel 13 RL anders een zinloze bepaling zou zijn, en dat bepalend is of de overeenkomst voor alle werknemers geldt.²⁶

Denkbaar is voorts, dat een overeenkomst bestaat maar dat door de werknemers wordt betwist dat sprake is van een artikel 13-overeenkomst. In een dergelijk geval zal alleen een procedure uitkomst kunnen bieden.

-
- 22 S. Stoop (red.), *De Europese ondernemingsraad, een stap vooruit* (FNV Centrum Ondernemingsraden-Amsterdam 1994) beschrijft in zijn onderzoek een aantal case-studies van medezeggenschap op Europees niveau. Inmiddels is in opdracht van de Europese Commissie een onderzoek verricht naar het bestaan van medezeggenschapsovereenkomsten op Europees niveau door M. Hall en M. Carley; in dit onderzoek zijn 51 medezeggenschapsovereenkomsten onderzocht. Publicatie van het onderzoek door de Commissie zal nog plaatsvinden. Sindsdien is het aantal overeenkomsten gestegen.
- 23 Gegevens ontleend aan de voordracht van M. Hall, *The existing European Works Councils*, in: *De Europese ondernemingsraden en de medezeggenschap per overeenkomst* (op.cit. noot 10), met name blz. 65-66. Wel is een groot gedeelte van deze Europese ondernemingsraden tot stand gekomen op initiatief van een Duitse multinational, of een Frans/Duitse joint venture. Naar verluidt, worden momenteel in drie Nederlandse concerns onderhandelingen gevoerd over medezeggenschap op Europees niveau: Unilever, Fortis en ING (Staatscourant van 11 januari 1996).
- 24 M. Hall tijdens zijn voordracht (loc.cit. noot 23, blz. 60). Het betreft bijvoorbeeld BP Oil Europe, Coats Viyella en United Biscuits. Een aantal andere Engelse multinationals is nog in onderhandeling.
- 25 Koning, loc.cit. (noot 10), blz. 79.
- 26 Honée, loc.cit. (noot 10), blz. 50, zie ook: Heinze, loc.cit. (noot 10), blz. 400.

II *Overeenkomst tussen hoofdbestuur en bijzondere onderhandelingsgroep*
Op initiatief van het hoofdbestuur (art. 4 RL) of op schriftelijk verzoek van de werknemers wordt een bijzondere onderhandelingsgroep die bestaat uit werknemersvertegenwoordigers samengesteld (art. 5 lid 1 RL). Deze bijzondere onderhandelingsgroep heeft tot taak gezamenlijk met het hoofdbestuur een schriftelijke overeenkomst te sluiten waarin het werkterrein, de samenstelling, de bevoegdheid en het mandaat van de Europese ondernemingsraad of de wijze waarop de informatie- en raadplegingsprocedure wordt uitgevoerd, wordt vast gesteld (art. 5 lid 3 RL).

Het is mogelijk, dat de bijzondere onderhandelingsgroep besluit de onderhandelingen niet aan te gaan of af te breken. Voor een dergelijk besluit is een meerderheid van tweederde vereist (art. 5 lid 4 RL). Op deze wijze kan de bijzondere onderhandelingsgroep dus besluiten, dat er geen overeenkomst inzake de grensoverschrijdende medezeggenschap binnen de onderneming of het concern met communautaire dimensie tot stand komt. In principe kan pas twee jaar nadat een dergelijk besluit is genomen een nieuw verzoek tot bijeenroeping van de bijzondere onderhandelingsgroep worden gedaan.

Wanneer de bijzondere onderhandelingsgroep een overeenkomst wenst te sluiten om de grensoverschrijdende medezeggenschap vorm te geven, heeft zij daarvoor drie jaar de tijd.²⁷ De bijzondere onderhandelingsgroep heeft vervolgens de keuze te maken of zij een Europese ondernemingsraad in het leven wil roepen (art. 6 lid 2 RL), of een andersoortige procedure ter informatieverstrekking en raadpleging (art. 6 lid 3 RL). Een dergelijke beslissing wordt bij meerderheid van stemmen genomen (art. 6 lid 5 RL).²⁸ In artikel 6 lid 4 RL is expliciet vastgelegd dat, indien een overeenkomst inzake grensoverschrijdende medezeggenschap tot stand komt, de voorschriften uit de hieronder te bespreken Bijlage niet van toepassing zijn.

Wanneer gekozen wordt voor instelling van een Europese ondernemingsraad geeft artikel 6 lid 2 a-f RL een opsomming van elementen die in de overeenkomst opgenomen moeten worden; ook hier staat blijkens de tekst de autonomie van partijen voorop. Het betreft onder andere de samenstelling en werkwijze, de taken en bevoegdheden, en de procedure voor de informatie en raadpleging van de Europese ondernemingsraad.

27 Zo kan afgeleid worden uit artikel 7 lid 1 van de Richtlijn.

28 Deze keuze tussen een Europese ondernemingsraad en een procedure ter informatieverstrekking en raadpleging komt voort uit het debat op dit punt tussen werknemers- en werkgeversvertegenwoordigers op Europees niveau, zie hieromtrent Koning, loc.cit. (noot 10) blz. 92.

Wordt gekozen voor een andere procedure voor informatieverstrekking en raadpleging, dan dient in de hierover te sluiten overeenkomst de wijze waarop de werknemersvertegenwoordigers bijeen kunnen komen om onderling van gedachten te kunnen wisselen over de aan hun verstrekte informatie, vastgesteld te worden. De informatie moet met name betrekking hebben op grensoverschrijdende aangelegenheden met aanzienlijke gevolgen voor de belangen van de werknemers (art. 6 lid 3 RL).²⁹ De omschrijving van de informatie die verstrekt moet worden is rijkelijk vaag. Bovendien is niet vastgelegd, anders dan bij de Europese ondernemingsraad, dat raadpleging plaats heeft te vinden.³⁰

III Subsidiaire voorschriften uit de Bijlage

In een drietal gevallen gelden de subsidiaire voorschriften van de wetgeving van de Lid-Staat waar het hoofdbestuur is gevestigd (art. 7 RL). Deze wetgeving moet dan weer voldoen aan de bepalingen van een bij de Richtlijn opgenomen Bijlage.

De subsidiaire voorschriften gelden:

1. Wanneer het hoofdbestuur en de bijzondere onderhandelingsgroep daartoe besluiten.
2. Indien het hoofdbestuur, ondanks een verzoek daartoe, weigert de onderhandelingen te openen om een overeenkomst inzake de medezeggenschap op communautair niveau tot stand te brengen; in dit geval zijn de subsidiaire voorschriften uit de Bijlage na zes maanden van toepassing.
3. Indien de bijzondere onderhandelingsgroep en het hoofdbestuur na een onderhandelingsperiode van drie jaar niet in staat zijn gebleken om een overeenkomst inzake de medezeggenschap tot stand te brengen.
Aangezien de voorschriften van de Bijlage van groot belang zullen zijn voor de medezeggenschap die werknemers aan de Richtlijn kunnen ontlenen, bespreek ik haar hieronder in een aparte paragraaf (5.2.3).

De Lid-Staten kunnen regelingen treffen voor de voorwaarden en beperkingen waaronder het hoofdbestuur van zijn plicht tot informatieverstrekking is ontslagen. Vereist is dat die informatie van dien aard is, dat zij op grond van objectieve criteria de betrokken ondernemingen ernstig in hun functione-

29 Zoals ook Honée opmerkt (loc.cit. noot 10, blz. 261) is het eigenaardig dat voor deze overeenkomst de autonomie van partijen niet, gelijk in art. 6 lid 2, voorop wordt gesteld. Waarschijnlijk is hier sprake van een slordigheid.

30 Sanders, loc.cit. (noot 10), blz. 59.

ren zou belemmeren dan wel schade (art. 8 lid 1 RL). Daarnaast kunnen de Lid-Staten bepalingen tot stand brengen inzake vertrouwelijke informatie (art. 8 lid 1 RL).

In artikel 10 RL is vastgesteld dat leden van de bijzondere onderhandelingsgroep of werknemers die hun taak vervullen krachtens een op grond van artikel 6 RL tot stand gekomen medezeggenschapsovereenkomst bescherming genieten bij de uitoefening van hun taak.

Op grond van artikel 11 RL zullen de Lid-Staten in de implementatiewetgeving regelen dat gerechtelijke procedures bestaan om naleving van de in de Richtlijn vastgelegde verplichtingen af te dwingen.

5.2.3 Bijlage

Hierboven gaf ik aan dat de in de Bijlage opgenomen subsidiaire voorschriften in drie gevallen van toepassing zijn. Daarnaast moet het belang van erin opgenomen voorschriften niet worden onderschat, omdat de bijzondere onderhandelingsgroep de erin vastgelegde rechten veelal als uitgangspunt zal nemen bij de onderhandelingen over een overeenkomst inzake de medezeggenschap op grond van artikel 6 RL. Komt een dergelijke overeenkomst immers niet binnen drie jaar tot stand, dan gelden op grond van artikel 7 RL, de subsidiaire voorschriften.³¹

De in de Bijlage opgenomen subsidiaire voorschriften hebben de volgende inhoud. Een Europese ondernemingsraad moet worden ingesteld, bestaande uit minimaal 3 en maximaal 30 leden. Op grond van artikel 1 lid 1 sub c Bijlage kan de Europese ondernemingsraad indien de omvang zulks rechtvaardigt een beperkt comité (een soort dagelijks bestuur) kiezen.

De bevoegdheid van de Europese ondernemingsraad is beperkt tot informatieverstrekking en raadpleging over vraagstukken die van belang zijn voor de hele onderneming of het concern met communautaire dimensie (vergelijk art. 1 sub a Bijlage).³² De belangrijkste bevoegdheid van de Europese ondernemingsraad vormt het recht minimaal eenmaal per jaar met het hoofdbestuur te vergaderen. De Europese ondernemingsraad wordt op deze vergade-

31 In gelijke zin bijvoorbeeld: Sanders, loc.cit. (noot 10), blz. 59; De Bijll Nachenius, loc.cit. (noot 10), blz. 266.

32 Indien het hoofdbestuur niet in de Europese Unie is gevestigd, dan is de bevoegdheid van de Europese ondernemingsraad beperkt tot alle aangelegenheden die van belang zijn voor alle ondernemingen van het concern in de Lid-Staten dan wel voor ten minste twee ondernemingen van het concern in verschillende Lid-Staten (art. 1 lid 1 sub a Bijlage).

ring geïnformeerd over de ontwikkeling van de activiteiten en de vooruitzichten van de onderneming of het concern; deze informatie heeft met name betrekking op de structuur, de financieel-economische situatie, de vermoedelijke ontwikkeling van de activiteiten, productie en afzet, op de werkgelegenheid en de waarschijnlijke ontwikkeling daarvan en op de investeringsvooruitzichten (art. 2 Bijlage).³³

Op grond van artikel 3 Bijlage heeft de Europese ondernemingsraad het recht geïnformeerd te worden wanneer zich bijzondere omstandigheden voordoen die aanzienlijke gevolgen hebben voor de belangen van de werknemers. Het betreft de volgende aangelegenheden: verplaatsing en sluiting van ondernemingen of vestigingen, en collectief ontslag. De Europese ondernemingsraad kan om een vergadering verzoeken om geïnformeerd en geraadpleegd te worden.³⁴ Expliciet is vastgelegd, dat deze vergadering geen afbreuk doet aan de prerogatieven van het hoofdbestuur.

De Europese ondernemingsraad ontvangt op financieel-economisch terrein dus allereerst informatie over de financiële toestand van de onderneming en het concern; daaraan wordt ook informatieverstrekking over de vooruitzichten gekoppeld. Naast het recht op informatie bestaat er een recht op consultatie. Het in de Bijlage neergelegde raadplegingsrecht moet worden opgevat

33 Artikel 2 Bijlage luidt als volgt:

De Europese ondernemingsraad heeft het recht ten minste eenmaal per jaar met het hoofdbestuur te vergaderen teneinde te worden ingelicht en geraadpleegd, op basis van een verslag van het hoofdbestuur, over de ontwikkeling van de activiteiten van de onderneming met een communautaire dimensie of het concern met een communautaire dimensie en over de vooruitzichten. De plaatselijke besturen worden daarvan in kennis gesteld.

Deze vergadering heeft in het bijzonder betrekking op de structuur van de onderneming of het concern, de financieel-economische positie, de vermoedelijke ontwikkeling van de activiteiten, productie en afzet, de situatie en de trend van de werkgelegenheid, de investeringen, wezenlijke veranderingen aangaande de organisatie, de invoering van nieuwe arbeidsmethoden of fabricageprocédés, de verplaatsing van productie, fusies, de inkrumping of sluiting van ondernemingen, vestigingen of belangrijke onderdelen daarvan en collectief ontslag.

34 Sanders, loc.cit. (noot 10), blz. 60 betoogt, dat hier sprake is van raadpleging over de uitvoering van reeds genomen besluiten. Hiertoe wijst hij op overweging 19 die aan de artikelen van de Richtlijn voorafgaat, waar is opgenomen de formulering: 'na afloop van deze vergadering een advies moet uitbrengen'. Ik zou deze overweging anders willen lezen: de Europese ondernemingsraad is gerechtigd nà de op grond van artikel 3 Bijlage gehouden vergadering (waarin de Europese ondernemingsraad door het hoofdbestuur is geïnformeerd en geraadpleegd) gerechtigd advies uit te brengen.

als een overlegrecht en heeft door het ontbreken van procedurevoorschriften en een beroepsrecht niet een gewicht dat vergelijkbaar is met het in de Wet op de ondernemingsraden (WOR) opgenomen adviesrecht. Voor een dergelijk sterk medezeggenschapsrecht geeft de tekst van de Bijlage volstrekt geen aanknopingspunten.

5.2.4 Evaluatie

Wanneer men de onderhavige Richtlijn vergelijkt met vroegere initiatieven, dan valt met name op dat de autonomie van partijen binnen een concern of onderneming met communautaire dimensie sterk is vergroot. Indien er onderling overeenstemming bestaat, is men vrij in de wijze waarop men de medezeggenschap inricht. De structuur van de Richtlijn is daardoor buitengewoon toegankelijk. Buiten de werking van de Richtlijn kan men blijven als een zogenaamde artikel 13-overeenkomst bestaat op het moment dat de Richtlijn van kracht wordt. Ook wanneer men wel onder de werking van de Richtlijn valt is de vrijheid groot. Het is mogelijk dat de ondernemingsleiding en de bijzondere onderhandelingsgroep besluiten niet tot een overeenkomst te komen inzake de transnationale medezeggenschap. Vervolgens is men, wanneer men toch dergelijke overeenkomst wenst te sluiten vrij in de keuze tussen de instelling van een Europese ondernemingsraad dan wel een andersoortige overleg- en raadplegingsprocedure. Ook in de wijze waarop men één van beide overeenkomsten wenst in te richten is men geheel vrij. Op dit punt verschilt de Richtlijn van de voorafgaande voorstellen, waarin instelling van een Europese ondernemingsraad noodzakelijk was, en de autonomie van partijen zich beperkte tot de regeling van de bevoegdheden van deze ondernemingsraad.

Feitelijk geeft de Richtlijn slechts dwingende voorschriften in het geval dat er tussen partijen geen overeenstemming bestaat over de wijze waarop de transnationale medezeggenschap vorm moet krijgen. In dat geval gelden immers de minimumvoorschriften uit de Bijlage waaraan de wetgeving van de Lid-Staten moet voldoen. Wanneer men de subsidiaire voorschriften uit de Bijlage vergelijkt met die uit het voorstel van 1991, dan is de gelijkenis groot. Ik ben van mening, dat aan de voorschriften uit de Bijlage grote waarde toegekend moet worden, daar de bijzondere onderhandelingsgroep de voorschriften uit de Bijlage als uitgangspunt zal nemen bij haar onderhandelingen over een te sluiten medezeggenschapsovereenkomst op grond van artikel 6 RL.

De Richtlijn laat nog vele vragen onbeantwoord; zo is niet geheel duidelijk welke bestaande medezeggenschapsovereenkomsten gekwalificeerd kun-

nen worden als 'artikel 13-overeenkomst'. Daarnaast is de bevoegdheidsverdeling tussen organen die in het leven zijn geroepen krachtens nationale medezeggenschapswetgeving en de Europese ondernemingsraad dan wel de 'procedure ter informatie en raadpleging van de werknemers', in Nederland bijvoorbeeld een centrale ondernemingsraad en de Europese ondernemingsraad, nog niet uitgekristalliseerd.³⁵ De Europese ondernemingsraad (of procedure ter informatie en raadpleging) mag geen afbreuk doen aan de rechten van de (centrale) ondernemingsraad. Denkbaar is echter, dat de Ondernemingskamer in een beroepsprocedure het standpunt van de Europese ondernemingsraad laat meewegen bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van een besluit van de ondernemer genomen op grond van artikel 25 WOR.³⁶ Ik vermoed dat het gewicht van het standpunt van de Europese ondernemingsraad in een beroepsprocedure wel zal meevallen, daar de Ondernemingskamer in eerste instantie nagaat of de procedurele normen zijn nageleefd, en vervolgens indien een concernbelang aan de orde is, zich met name richt op de vraag of de ondernemer dit belang op zorgvuldige wijze heeft afgewogen tegen het belang van de (in Nederland gevestigde) werknemers.³⁷

Gehoopt mag worden dat een wetsvoorstel voor implementatie in de Nederlandse wetgeving spoedig wordt ingediend.

5.3 Vijfde Richtlijn (Naamloze Vennootschap)

Het oorspronkelijk voorstel voor de vijfde Richtlijn is in 1972 door de Commissie ingediend³⁸, in 1983 gevolgd door een sterk gewijzigd ontwerp.³⁹ Een tweede wijziging vond plaats in 1990.⁴⁰ Doel van de ont-

35 Vergelijk hierover ook A.F.M. Dorresteyn/J. Roest, Ontwerp-Richtlijn Europese ondernemingsraad, SR 1991, blz. 141-142; De Bijl. Nachenius, loc.cit. (noot 10), blz. 264-265; Slagter, loc.cit. (noot 10), blz. 206; Koning, loc.cit. (noot 10), die van mening is dat de invoering van de Richtlijn aanleiding geeft tot heroverweging van de vrijstellingsregime's van de structuurregeling.

36 Deze suggestie werd gedaan door P.F. van der Heijden op de conferentie 'De Europese ondernemingsraden en de medezeggenschap per overeenkomst', vergelijk het congresverslag (op.cit. noot 10), blz. 48.

37 Zie bijvoorbeeld hieronder hoofdstuk 7 (par. 7.3.2) in verband met sluiting van een ondernemer c.q. onderneming.

38 PB EG nr. C 131 van 13 december 1972, blz. 49.

39 PB EG nr. C 240 van 9 september 1983, blz. 2.

40 PB EG nr. C 7 van 11 januari 1991, blz. 4.

werp-Richtlijn is, zo blijkt uit de Considerans, de regulering van de structuur van de naamloze vennootschap en de bevoegdheden en verplichtingen van de organen. Daarnaast zijn bepalingen opgenomen ter bescherming van de belangen van de deelnemers in de vennootschap en derden. De ontwerp-Richtlijn heeft betrekking op naamloze vennootschappen die onder het nationale recht van een van de Lid-Staten worden opgericht. Grondslag voor de ontwerp-Richtlijn vormt artikel 54 lid 3 sub g EEG-verdrag.

Vooropgesteld moet worden, dat er voor de inrichting van de NV gekozen kan worden voor een dualistisch dan wel een monistisch systeem (artikel 2).⁴¹ Deze keuze kan worden gemaakt door de Lid-Staten; het is ook mogelijk, dat de Lid-Staten de vennootschap de keuze laten tussen beide systemen (artikel 2 lid 1).

De medezeggenschap van werknemers is geregeld in artikel 4 voor het geval dat gekozen is voor een dualistische structuur en in de artikelen 21b-21j van het ontwerp ingeval de monistische structuur is verkozen. Met name de bepalingen inzake de medezeggenschap van werknemers zijn ingrijpend gewijzigd in het eerste herziene voorstel.

Dualistische systeem

Bij vennootschappen met meer dan 1000 werknemers, werkzaam bij de vennootschap en haar dochter- en groepsmaatschappijen in de EG, moet medezeggenschap worden toegekend (artikel 4 lid 1). De ontwerp-Richtlijn laat verschillende keuzemogelijkheden voor de wijze waarop deze medezeggenschap wordt ingericht (artikel 4 lid 2).

I Het toezichthoudend orgaan (vergelijk raad van commissarissen) wordt door de algemene vergadering en door de werknemers gezamenlijk benoemd. Maximaal twee derde van de leden mag worden benoemd door de aandeelhouders; minimaal een derde van de leden moet worden benoemd door de werknemers. Het aantal werknemersleden mag maximaal de helft van het totale aantal leden bedragen (art. 4b lid 1). In dit laatste geval moet door middel van stemprocedures altijd gezorgd worden dat de (beslissende) zeggenschap uiteindelijk in handen is van de aandeelhouderszijde (art. 4b lid 2). Dit stelsel van inrichting van de

41 Dualistisch systeem: de NV kent zowel een toezichthoudend als een leidinggevend orgaan.

Monistisch systeem: de NV kent een bestuursorgaan waarin bestuurders zijn te onderscheiden die belast zijn met de dagelijkse leiding en bestuurders 'op afstand'; men spreekt ook wel van 'beherende' en 'niet-beherende' bestuurders.

medezeggenschap vertoont sterke overeenstemming met de Duitse *Mitbestimmung*.⁴²

- II Daarnaast kan men kiezen voor een systeem waarbij het toezichthoudend orgaan zichzelf benoemt (artikel 4c; coöptatie, vergelijk de Nederlandse structuurregeling). In het artikel wordt tevens in een bezwaarmogelijkheid voorzien.
- III Naast deze beide systemen van werknemersvertegenwoordiging in het toezichthoudend orgaan, is er ook een keuze te maken voor medezeggenschap door een werknemersvertegenwoordiging (art. 4d). Dit vertegenwoordigend orgaan heeft recht op informatie. Met name wordt een aantal aangelegenheden genoemd: het beheer, de toestand en de ontwikkeling van de vennootschap, de kredietsituatie en investeringsplannen. Naast dit recht op informatie is in een recht op consultatie voorzien (art. 4d lid 2).
- IV Als laatste mogelijkheid geldt invloedsuitoefening door collectief overeengekomen systemen. De medezeggenschap wordt in dit geval uitgeoefend door een bij collectieve arbeidsovereenkomst gemaakte keuze voor één van de hierboven genoemde systemen (artt. 4e-4h).

Monistische systeem

In het monistische systeem is een regeling voor de medezeggenschap van werknemers opgenomen in de artikelen 21b-21j ontwerp-RL.⁴³ Ook hier zijn weer verschillende mogelijkheden voor de inrichting van de medezeggenschap. Het systeem van de uitoefening van medezeggenschap is zoveel als mogelijk, gelijk van strekking als het stelsel bij het dualistische model.

Voor de inrichting van de medezeggenschap worden drie verschillende mogelijkheden onderscheiden. Allereerst is het mogelijk de niet-beherende leden van het bestuursorgaan te laten benoemen door aandeelhouders en werknemers (art. 21d); deze optie stemt sterk overeen met het Duitse systeem. Daarnaast kan ook in het monistische systeem een vertegenwoordigend orgaan van werknemers in het leven geroepen worden, waaraan een recht op informatie en een consultatierecht worden toegekend (art. 21 e). Naast deze opties is het ook mogelijk de medezeggenschap bij collectieve arbeidsover-

42 Het systeem vertoont met name gelijkenis met het *Mitbestimmungsgesetz 1976*, vergelijk paragraaf 4.4.1 hierboven, waar immers is voorzien in een dubbele stem van de voorzitter.

43 In artikel 21b lid 1 van de ontwerp-Richtlijn is bepaald, dat het vennootschappen betreft met een bepaald minimumaantal werknemers. Dit minimumaantal moet minstens 1000 bedragen.

eenkomst te regelen (art. 21 f). Voor de hier te volgen procedures vergelijk men de artikelen 21g en 21h van de ontwerp-Richtlijn.

Met name in het monistische systeem is de regeling van medezeggenschap zeer ingrijpend. Dit is er dan ook de voornaamste reden voor, dat de besluitvorming over deze vijfde ontwerp-Richtlijn zich in een impasse bevindt.

Het is waarschijnlijk, dat NV's (Nederland) en AG's (Duitsland) een inrichting volgens het dualistische systeem zullen kiezen, daar deze structuur aansluit bij de huidige vormgeving van de rechtsvormen en de in deze landen aanwezige regelingen voor medezeggenschap.

Op dit moment is nog niet duidelijk of en op welk tijdstip de Vijfde Richtlijn in werking zal treden. Over de structuur van de naamloze vennootschap lijkt op dit moment wel redelijke overeenstemming te bestaan. Het grote probleem vormt echter de inrichting van de medezeggenschap.

5.4 Europese Vennootschap, Vereniging, Coöperatie en Onderlinge Waarborgmaatschappij

5.4.1 Algemeen

Naast het streven om één Europese regeling voor de structuur van de naamloze vennootschap tot stand te brengen, heeft de Commissie ook een voorstellen gedaan voor een aantal 'Europese rechtsvormen'. Het nastreven van een Europese economische eenheid is in de visie van de Commissie niet goed mogelijk met ondernemingen waarvan het juridische kader nog altijd volledig nationaal bepaald is. Deze toestand belemmert de aaneensluiting van ondernemingen uit de verschillende Lid-Staten. Daarom wordt getracht te komen tot rechtsvormen die gebaseerd zijn op Gemeenschapsrecht. Dergelijke rechtsvormen zullen het aangaan van samenwerking van ondernemingen uit verschillende landen van de Europese Unie vergemakkelijken. In de literatuur zijn ook geheel andere geluiden hoorbaar; als bezwaar tegen de Europese rechtsvormen wordt wel aangevoerd, dat deze zoals wij zullen zien qua vormgeving sterk per Lid-Staat kunnen verschillen waardoor ze gecompliceerd en ondoorzichtig raken. Voorgesteld wordt dan ook wel om de ontwerpen in te trekken.⁴⁴

44 Vergelijk bijvoorbeeld: Honée, Europese rechtsvormen en subsidiariteit (loc.cit. noot 2), blz. 317; Van der Grinten, Harmonisatie van het vennootschapsrecht, loc.cit. (noot 2), blz. 312-313.

Desalniettemin zijn voorstellen van de Europese Commissie aanhangig voor een Europese Vennootschap (*Societas Europaea*, verder SE). In vervolg op dit, in zijn oorspronkelijke vorm, uit 1970 daterende initiatief zijn in het voorjaar van 1992 ontwerp-Verordeningen ingediend voor een 'Europese Vereniging', een 'Europese Coöperatie' en een 'Europese Onderlinge (Waarborg)maatschappij'. Gekozen is voor een systeem waarbij in een 'Verordening' de regels zijn opgenomen die betrekking hebben op de inrichting van de rechtsvorm (oprichting, kapitaal, aandelen, jaarrekening en ontbinding) terwijl er een 'Richtlijn' aan is gekoppeld die bepalingen bevat omtrent de medezeggenschap van werknemers bij de desbetreffende rechtsvorm. Met name aan deze laatste bepalingen wordt hier aandacht besteed.

Bij alle vier de rechtsvormen is voor de ontwerp-Verordeningen als grondslag artikel 100A EEG-verdrag gekozen. Deze bepaling staat besluitvorming bij gekwalificeerde meerderheid toe. Voor de medezeggenschapsrichtlijnen vormt artikel 54 EEG-verdrag de basis, zodat ook hier een gekwalificeerde meerderheid toereikend is, zie lid 2 van artikel 54.⁴⁵

Vanzelfsprekend bestaat als Europese rechtsvorm ook het Europese Economische Samenwerkingsverband (EESV). Aangezien bij deze figuur geen aparte regeling voor de medezeggenschap is opgenomen, blijft bespreking achterwege.

5.4.2 Europese Vennootschap (Societas Europaea)

Algemeen

Het oorspronkelijke voorstel voor een SE dateert uit 1970 en is gewijzigd in 1975.⁴⁶ In vervolg op een memorandum van de Commissie in juli 1988 werd in 1989 door de Commissie een nader gewijzigd voorstel voor een Verordening ingediend; dit voorstel werd gecombineerd met een ontwerp-Richtlijn waarin bepalingen voor de positie van werknemers binnen de

45 Op deze laatste grondslag is wel kritiek uitgeoefend, ik verwijs daarvoor bijvoorbeeld naar: H. Merkt, *Europäische Aktiengesellschaft: Gesetzgebung als Selbstzweck?*, BB 1992, blz. 659; C.R. Huiskes, *De Europese vennootschap* (Tjeenk Willink-Zwolle 1993), blz. 22-24.

46 Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende het Statuut voor Europese naamloze vennootschappen, PB EG nr. C 124 van 10 oktober 1970, blz. 1; Gewijzigd voorstel van 13 mei 1975, Suppl. Bull. EG 4/75.

Societas Europaea (SE) zijn opgenomen.⁴⁷ Ook in deze ontwerp-Verordening en ontwerp-Richtlijn zijn na de behandeling door het Europese Parlement weer veranderingen aangebracht. Een hernieuwd voorstel voor de Verordening⁴⁸ en een nieuwe ontwerp-Richtlijn⁴⁹ kwamen tot stand in 1991.⁵⁰ De regelgeving over de SE bestaat dus uit een Verordening die de vennootschappelijke aspecten betreft, en een ontwerp-Richtlijn die de medezeggenschap van werknemers binnen de SE tot onderwerp heeft. Inmiddels circuleert een nieuw ontwerp van de Verordening en de bijbehorende Richtlijn inzake de medezeggenschap.⁵¹ Op dit moment is nog onduidelijk of en wanneer publicatie plaats zal vinden.⁵² Ik zal hieronder naar deze ontwerpen verwijzen als: circulatie-Verordening en circulatie-Richtlijn.

-
- 47 Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese Vennootschap. Door de Commissie ingediend op 25 augustus 1989, COM (89) 268 def. - SYN 218, PB EG nr. C 263 van 16 oktober 1989, blz. 41. Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot aanvulling van het statuut van de SE met betrekking tot de plaats van werknemers in de SE ingediend op 25 augustus 1989, PB EG nr. C 176 van 8 juli 1991, blz. 1. Vergelijk over dit ontwerp: C.R. Huiskes, Het Statuut van de Europese Vennootschap anno 1989, TVVS 1990, blz. 119-123.
M.J.G.C. Raaijmakers, The European company in the perspective of the European integration. In: Themis en Europa (Tjeenk Willink-Zwolle 1989), blz. 189-205. Deze laatste bijdrage is tot stand gekomen in de periode tussen het memorandum van de Commissie en de wijzigingen van 1989; zie ook het proefschrift van Huiskes, op.cit. (noot 45), hoofdstuk 1.
- 48 Gewijzigd voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende het Statuut van de Europese Vennootschap, COM (91) 174 def. - SYN 218, PB EG nr. C 176 van 8 juli 1991, blz. 1.
- 49 Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot aanvulling van het statuut van de SE met betrekking tot de plaats van de werknemers van de SE, COM (91) 174 def. - SYN 219, PB EG nr. C 138 van 29 mei 1991, blz. 8.
- 50 Vergelijk over deze voorstellen: P. Sanders, De Europese vennootschap, TVVS 1991, blz. 249-256. C.E. Hauschka, Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) im Entwurf der Kommission von 1991: Vor der Vollendung?, EuZW 1992, blz. 147-149; Merkt, loc.cit. (noot 45); Henning Rasner, Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) - ist sie wünschenswert? ZGR 1992, blz. 315-326.
- 51 W.C.L. van der Grinten, Europese NV? In: Grensoverschrijdend privaatrecht (Kluwer-Deventer 1993), blz. 109, en Sanders (loc.cit. noot 10).
- 52 K. Hopt, Labor Representation on Corporate Boards: Impacts and Problems for Corporate Governance and Economic Integration in Europe, International Review of Law and Economics 1994, blz. 214.

Voor de voorschriften die de oprichting van de SE reguleren verwijst ik naar de tekst van de circulatie-Verordening (titel II).⁵³ De structuur van de SE is geregeld in titel III van de circulatie-Verordening. Gekozen kan worden voor inrichting via het dualistische systeem met een leidinggevend en toezichthoudend orgaan of een monistisch systeem met alleen één bestuursorgaan (art. 37 circulatie-Verordening). Het dualistische systeem is vormgegeven in de artikelen 38-42 circulatie-Verordening.⁵⁴ Het monistische systeem is geregeld in de artikelen 43-45 circulatie-Verordening.⁵⁵ Op grond van artikel 48 circulatie-Verordening dienen in de statuten van de SE categorieën handelingen genoemd te worden waarvoor in het dualistische stelsel het leidinggevend orgaan de goedkeuring van het toezichthoudend orgaan nodig heeft. De Lid-Staten kunnen in wetgeving vastleggen welke handelingen aan goedkeuring onderworpen zullen zijn; ook is het mogelijk dat de wetgeving van een Lid-Staat bepaalt, dat het toezichthoudend orgaan zelf vaststelt, welke handelingen aan goedkeuring onderworpen zijn. Artikel 48 circulatie-Verordening verschilt in belangrijke mate van het vorige ontwerp, waar in artikel 72 een opsomming was opgenomen van goedkeuringsplichtige handelingen die (grote) overeenstemming vertoonde met artikel 2:164 lid 1 BW.

Naast de hier besproken organen kent de SE een algemene vergadering (art. 37 circulatie-Verordening).⁵⁶ Het aantal bepalingen van de circulatie-Verordening is belangrijk teruggebracht in verhouding met het vorige voorstel (van 137 naar 68 artikelen). Voornaamste reden daarvoor is, dat meer verwezen wordt naar het nationale NV-recht (bijvoorbeeld met betrekking tot het kapitaal van de SE).

Het Statuut SE is aangevuld met een aparte (ontwerp-)Richtlijn die de medezeggenschap van werknemers regelt. Oorzaak van deze aparte regeling is, zo blijkt uit de Considerans, de grote verscheidenheid die er tussen de Lid-Staten bestaat in medezeggenschapsregelgeving. In de Considerans van de

53 Vergelijk ook: Sanders, loc.cit. (noot 50), blz. 249-250.

54 In artikel 42 circulatie-Verordening is vastgelegd, dat het toezichthoudend orgaan een voorzitter uit zijn midden kiest; indien de helft van de leden door de werknemers benoemd zijn, mag alleen een lid dat door de algemene vergadering is benoemd, tot voorzitter worden gekozen.

55 Artikel 45 circulatie-Verordening inzake het voorzitterschap bepaalt, dat indien de helft van de leden wordt benoemd door de werknemers, alleen een lid dat door de algemene vergadering van aandeelhouders is benoemd tot voorzitter kan worden gekozen.

56 De bevoegdheden van de algemene vergadering zijn vastgelegd in de artikelen 52-60 circulatie-Verordening.

circulatie-Richtlijn is tevens expliciet bepaald, dat ongelijke concurrentievoorwaarden voorkomen moeten worden. Dit streven moet in het achterhoofd gehouden worden bij de bestudering van de verschillende modellen volgens welke de medezeggenschap in de SE vorm kan krijgen. Op grond van artikel 11 lid 2 circulatie-Verordening kan een SE pas in het (handels)-register worden ingeschreven, wanneer een keuze is gemaakt voor één van de in artikel 3 circulatie-Richtlijn vastgelegde medezeggenschapsmodellen. In artikel 3 lid 4 van de circulatie-Richtlijn is bepaald dat pas een SE ingeschreven kan worden, wanneer de in dit artikel voorgeschreven overeenkomst inzake de medezeggenschap tussen bestuurs- en leidinggevende organen en de werknemersvertegenwoordigers schriftelijk is vastgelegd. De onderhandelingen vinden plaats tussen de bestuurs- of leidinggevende organen en degenen die volgens de wet of het gebruik van de Lid-Staten de werknemers vertegenwoordigen. Wanneer een model is gekozen, wordt deze keuze in een overeenkomst schriftelijk vastgelegd. Wordt een dergelijke keuze niet gemaakt daar er geen onderlinge overeenstemming is verkregen, dan worden de verschillende standpunten op schrift gesteld. In dat geval wordt een beslissing over het medezeggenschapsmodel genomen door de algemene vergadering die over de oprichting moet besluiten.

In artikel 3 lid 3 circulatie-Richtlijn is vastgelegd, dat de keuze voor de medezeggenschapsmodellen vrij is, tenzij de wet van de Lid-Staat van de zetel van de toekomstige SE de toepassing van een bepaalde vorm voorschrijft. Men kan verwachten dat de Lid-Staten tot een dergelijke verplichtstelling zullen komen voor op hun grondgebied gevestigde SE's.⁵⁷

Voor de regeling van medezeggenschap kan gekozen worden uit verschillende modellen. Deze modellen zijn vastgesteld in de artikelen 4, 5, 6 en 7 circulatie-Richtlijn.

Modellen voor medezeggenschap

Vijf modellen van werknemersmedezeggenschap kunnen worden onderscheiden. De eerste twee modellen bieden werknemers invloed op de samenstelling van het toezichthoudend dan wel bestuursorgaan.⁵⁸

57 Vergelijk Sanders, loc.cit. (noot 10), blz. 58.

58 Men kan ook van vier modellen spreken; in dat geval worden het eerste en tweede model als varianten op hetzelfde systeem (werknemersvertegenwoordiging in het toezichthoudend orgaan dan wel bestuursorgaan) aangemerkt. Bijvoorbeeld (over het oude ontwerp): Huiskes, op.cit. (noot 45), par. 5.3.2. Ik kies ervoor, hiertoe bewogen door het onderscheid tussen het Duitse en Nederlandse systeem, deze twee varianten

- I Volgens dit model worden de leden van het toezichthoudend orgaan (in het dualistische systeem) of van het bestuursorgaan (monistische systeem) benoemd, ontslagen en afgezet voor minimaal een derde deel en voor maximaal de helft door werknemers van de SE of hun vertegenwoordigers in de vennootschap (artikel 4). Deze figuur vertoont duidelijke overeenstemming met het systeem van medezeggenschap uit het Duitse *Mitbestimmungsgesetz* (vergelijk hoofdstuk 4, par. 4.4.1 hierboven).
- II Dit tweede model biedt de mogelijkheid, dat de leden van het toezichthoudend of bestuursorgaan worden benoemd door het toezichthoudend of bestuursorgaan zelf (artikel 5). Hier is dus sprake van een stelsel van coöptatie. Het systeem van coöptatie is verder uitgewerkt in artikel 5 sub a-d circulatie-Richtlijn. Een voordrachtsrecht komt toe aan de algemene vergadering en de vertegenwoordigers van de werknemers.⁵⁹ Onder andere is voorzien in een mogelijkheid van verzet tegen de benoeming van een voorgenomen kandidaat door de algemene vergadering of werknemersvertegenwoordigers op een aantal gronden.⁶⁰ Deze regeling vertoont een duidelijke gelijkenis met de benoeming van commissarissen bij structuurvennootschappen, art. 2:158 lid 6 BW.⁶¹ Model II is bij de wijzigingen in 1991 aan de ontwerp-Richtlijn toegevoegd.

De beide bovenstaande modellen lijken zeer sterk op elkaar. Het voornaamste verschil zit in de wijze van benoeming. De eerste variant sluit aan bij de Duitse *Mitbestimmung*, terwijl de tweede gelijkenis vertoont met de Nederlandse structuurregeling. De beide modellen voorzien in een regeling voor zowel een volgens dualistisch als monistisch systeem ingerichte SE. Duitsland en Nederland zullen naar verwachting het dualistische systeem kiezen, voor op hun grondgebied gevestigde SE's. Duitsland zal dan kiezen voor model I en Nederland voor model II. Het is zeer de vraag, of er Lid-Staten zullen zijn die voor een inrichting via de monistische structuur kiezen in

als verschillende modellen aan te merken.

59 Niet aan het bestuur zoals binnen de structuurregeling, art. 2:158 lid 4 BW.

60 Deze gronden zijn de volgende: de voorgedragen kandidaat is ongeschikt om zijn functies te vervullen; het orgaan zou ten gevolge van de benoeming niet naar behoren zijn samengesteld; de procedurevoorschriften zijn niet nageleefd.

61 Zie over dit model en de verschillen met het Nederlandse structuurmodel: J.M. van Dijk, *De Europese vennootschap en het structuurmodel*, in: *Grensoverschrijdend privaatrecht* (Kluwer-Deventer 1993), blz. 79-92.

combinatie met inrichting van de medezeggenschap volgens model I en II.⁶²

Het derde model wijkt duidelijk af van de hierboven besproken modellen.

III Werknemers oefenen invloed uit via een medezeggenschapsorgaan (artikel 6 lid 1 circulatie-Richtlijn). Op grond van lid 2 kan een Lid-Staat bepalen dat het medezeggenschapsorgaan ook voor ten hoogste een derde van het totale aantal leden bestaat uit vertegenwoordigers van het bestuurs- of leidinggevend orgaan van de SE.⁶³ Op grond van artikel 6 lid 4 circulatie-Richtlijn heeft het medezeggenschapsorgaan driemaandelijks recht op informatie (van het bestuur of leidinggevend orgaan) over de gang van zaken in de vennootschap, en de verwachte ontwikkelingen. Hiernaast worden onverwijld alle inlichtingen verstrekt, die belangrijke gevolgen voor de situatie van de SE kunnen hebben. Op grond van artikel 6 lid 4 sub c circulatie-Richtlijn kunnen de werknemersvertegenwoordigers het bestuurs- of leidinggevend orgaan verzoecken om inlichtingen of speciaal verslag over alle kwesties die van invloed zijn op het leven van de SE, en kunnen zij kennis nemen van alle documenten die aan de algemene vergadering van de aandeelhouders worden overgelegd. Op grond van artikel 6 lid 4 sub d circulatie-Richtlijn mogen de handelingen ex artikel 48 circulatie-Verordening niet worden verricht dan na informatieverstrekking aan en raadpleging van de werknemersvertegenwoordiging.⁶⁴

Dit model sluit sterk aan bij de inrichting van medezeggenschap zoals het Belgische en Franse recht die kennen.⁶⁵ Dan volgt nu het vierde model, dat is geënt op de Scandinavische situatie.

IV Naast de hierboven beschreven modellen biedt artikel 7 circulatie-Richtlijn de mogelijkheid om bij overeenkomst tussen het bestuurs- of

62 H. Wißman, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäische Aktiengesellschaft (SE), RdA 1992, blz. 323.

63 Deze leden nemen aan dit orgaan *uitsluitend* deel om de taken te vervullen die op grond van lid 4 (medezeggenschapsrechten) aan het bestuurs- of leidinggevend orgaan zijn toegekend.

64 Zoals hierboven al bleek, dienen deze handelingen in de statuten van de SE opgenomen te worden. Een Lid-Staat kan bepalen dat in het dualistische stelsel het toezichthoudend orgaan zelf bepaalt welke handelingen aan goedkeuring onderworpen worden. Een Lid-Staat kan ook bepalingen treffen over de minimuminhoud van de statuten.

65 Koene/Slomp, op.cit. (noot 2), hoofdstuk 2 (België) met name par. 2.4.2 en hoofdstuk 4 (Frankrijk) met name par. 4.4.2.

leidinggevend orgaan en de werknemersvertegenwoordigers te bepalen dat een ander model dan de drie hierboven behandeld kan worden vastgesteld. Deze vormgeving van medezeggenschap door middel van collectieve arbeidsovereenkomst is geënt op de Scandinavische vormgeving van werknemersmedezeggenschap.⁶⁶ De overeenkomst moet wel aan werknemers van de SE een aantal minimumwaarborgen bieden. In artikel 7 lid 5 circulatie-Richtlijn is expliciet bepaald, dat indien geen overeenkomst tot stand komt de Lid-Staat van de zetel van de SE een medezeggenschapsvorm bepaalt die de werknemersvertegenwoordigers ten minste de in artikel 6 lid 4 circulatie-Richtlijn bedoelde rechten op informatie en raadpleging garandeert.

Nieuw in de circulatie-Richtlijn is het vijfde model dat is geregeld in artikel 7bis.

- V Artikel 7bis circulatie-Richtlijn bepaalt, dat de medezeggenschap ook vorm kan worden gegeven volgens de bepalingen van een overeenkomst tussen het bestuur of het leidinggevend orgaan van de SE en de werknemers. Aan de inhoud van deze overeenkomst worden geen nadere eisen gesteld in de circulatie-Richtlijn.⁶⁷ In verband met deze wijziging is de tekst van de circulatie-Verordening in die zin gewijzigd, dat een besluit tot zetelverplaatsing naar een Lid-Staat die gebruik maakt van de bepalingen van artikel 7 bis van de circulatie-Richtlijn, en wel in het bijzonder de medezeggenschapsovereenkomst, slechts genomen kan worden indien de werknemersvertegenwoordigers of de werknemers zelf met de medezeggenschapsvorm of het niet-gereguleerde systeem van medezeggenschap hebben ingestemd.⁶⁸

Vergelijking van modellen voor inrichting van de medezeggenschap

Een vergelijking van de verschillende modellen voor inrichting van de medezeggenschap is, juist door de zo grote vrijheid die de modellen bieden, niet goed mogelijk. Duidelijk is, dat de modellen I en II de meeste medezeg-

66 J. Pipkorn, *Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmen auf Europäischer Grundlage*, RdA 1992, 124 en Wißman, loc.cit. (noot 62), blz. 327.

67 Sanders, loc.cit. (noot 10), blz. 58 merkt op, dat er toch wel enige regeling van informatie en raadpleging in de overeenkomst opgenomen moet worden, daar het opschrift van titel II bis 'niet gereguleerde medezeggenschap' luidt.

68 Artikel 8 lid 3 circulatie-Verordening; in geval van fusie is een bijna gelijklopend voorschrift opgenomen in artikel 22 circulatie-Verordening.

genschap geven aan werknemers. Verondersteld mag worden dat deze modellen door Duitsland en Nederland gekozen zullen worden. De medezeggenschap die werknemers binnen deze Lid-Staten in de SE kunnen uitoefenen zal goeddeels afhankelijk zijn van de (wellicht wettelijk voorgeschreven) inhoud van de goedkeuringsplichtige 'bestuursbesluiten', artikel 48 circulatie-Verordening. De modellen III en IV bieden werknemersvertegenwoordigers minder invloed binnen de SE. Ook hier is voor de uiteindelijke medezeggenschap de inhoud van artikel 48 circulatie-Verordening essentieel. Zoals ik al opmerkte is het nieuwe artikel 48 circulatie-Verordening in die zin afwijkend van het vorige ontwerp, dat niet langer een opsomming is gegeven van bestuursbesluiten die goedkeuring behoeven. In het huidige ontwerp staat de vrijheid van de verschillende Lid-Staten ook bij de bepaling van de inhoud van dit artikel voorop. Eén en ander maakt een vergelijking van de verschillende medezeggenschapsmodellen niet goed mogelijk. Duidelijk is daarnaast dat de inhoud van de 'niet gereguleerde medezeggenschapsovereenkomst' (model V) dermate onbepaald is, dat vergelijking met de overige modellen zinloos is.

Een probleem dat hierboven in de inleiding bij dit hoofdstuk al aan de orde kwam, is de mogelijkheid dat er verschil in de aantrekkelijkheid zal ontstaan tussen bepaalde landen om als vestigingsplaats van een rechtspersoon, in casu SE, te fungeren. Het lijkt waarschijnlijk dat in landen waarin de medezeggenschap sterk is ontwikkeld en relatief krachtig is, zoals in Duitsland en Nederland de meest vergaande modellen van de ontwerp-Richtlijn voorgeschreven zullen worden. Dit in tegenstelling tot de Lid-Staten met een geringere traditie op het gebied van medezeggenschap. Een dergelijk verschil zou een factor kunnen zijn bij de keuze van vestigingsplaats van een SE.⁶⁹

In Duitsland vraagt men zich sterk af, of het voorschrijven van het Duitse model geen isolering ten opzichte van de overige Lid-Staten ten gevolge heeft.⁷⁰ In een notitie van de Staatssecretaris van Justitie over de SE werd

69 Vergelijk hieromtrent: Sanders, loc.cit. (noot 50), blz. 256.

70 Vergelijk voor een overzicht van de hieromtrent in Duitsland gevoerde discussie: A. Krieger, Muß die Mitbestimmung der Arbeitnehmer das europäische Gesellschaftsrecht blockieren? In: Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Beck-München 1991), blz. 303-321. Over het voorstel uit 1989 is gepubliceerd door Th. Raiser, Führungsstruktur und Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft nach dem Verordnungsvorschlag der Kommission vom 25. August 1989. In: Festschrift für Ernst Steindorff (De Gruyter-Berlin/New York 1990), blz. 201-214; Th. Raiser, Europäische Aktienge-

ten aanzien van de medezeggenschap opgemerkt, dat deze regeling moet aansluiten bij de wet en gewoontes in de verschillende Lid-Staten.⁷¹ De regeling moet toelaten dat op in Nederland gevestigde SE's de structuurregeling onverkort toegepast wordt. Tevens moeten werknemers van Nederlandse dochtermaatschappijen in de medezeggenschap betrokken kunnen worden. Daarnaast dient voorkomen te worden, dat bestaande medezeggenschapsrechten door de oprichting van een SE of in geval van internationale zetelverplaatsing verloren gaan. De betrokken werknemers moeten de mogelijkheid hebben zich tegen het verlies van medezeggenschapsrechten te verzetten.⁷² Wanneer de structuurregeling onverkort op de in Nederland gevestigde SE's toegepast zal worden, kan dit een factor zijn die vestiging van een SE in Nederland minder aantrekkelijk maakt. Ook hier is een isolering ten opzichte van andere Lid-Staten, net als in Duitsland wel wordt gevreesd, denkbaar.

5.4.3 Europese Vereniging, Coöperatie en Onderlinge Waarborgmaatschappij

In het voorjaar van 1992, ruim een half jaar voor de beoogde economische eenwording van Europa, deed de Commissie nieuwe voorstellen voor een drietal Verordeningen met eraan gekoppelde ontwerp-Richtlijnen. Ook hier worden, evenals bij de SE, pogingen ondernomen om te komen tot Europese rechtsvormen. Dergelijke rechtsvormen zouden een grensoverschrijdende samenwerking, die nu vaak onmogelijk is door juridische en administratieve barrières, bevorderen, zo blijkt uit de Considerans van de drie ontwerp-Verordeningen. Het betreft een Europese Vereniging (EV)⁷³, Europese Coöperatie (ECV)⁷⁴ en een Europese Onderlinge Maatschappij

sellschaft und nationalen Aktiengesetze, in: Festschrift für J. Semler (De Gruyter-Berlin/New York 1993), blz. 292.

71 Tweede Kamer, 1991-1992, 22 559 nr. 1.

72 Notitie Staatssecretaris van Justitie, op.cit. (noot 71), blz. 14. Vergelijk ook blz. 12, waar deze punten inhoudelijk worden toegelicht.

73 Voorstel voor een Verordening (EEG) van de Raad betreffende het Statuut van de Europese Vereniging, PB EG nr. C 99 van 21 april 1992, blz. 1; Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot aanvulling van het Statuut van de Europese Vereniging met betrekking tot de rol van de werknemers, PB EG nr. C 99 van 21 april 1992, blz. 14.

74 Voorstel voor een Verordening (EEG) van de Raad betreffende het statuut van de Europese Coöperatieve vennootschap, PB EG nr. C 99 van 21 april 1992, blz. 17; Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot aanvulling van het Statuut van de Europese coöperatieve vennootschap met betrekking tot de rol van werknemers, PB EG nr. C 99

(EOM)⁷⁵. Wijzigingsvoorstellen voor de drie rechtsvormen werden in 1993 ingediend.⁷⁶ Aangezien de medezeggenschapsregelingen zoals voorgesteld in de ontwerp-Richtlijnen onderling sterk gelijkend zijn, vindt een gezamenlijke behandeling plaats.⁷⁷ Slechts wanneer dit expliciet is vermeld, wijkt de regeling voor een van de rechtsvormen af.

Uit de toelichting bij de ontwerp-Richtlijnen blijkt, dat deze regelingen vergelijkbaar zijn met de ontwerp-Richtlijn die is gekoppeld aan de Societas Europaea (SE). De aard van deze rechtsvormen blijkt echter een eenvoudiger regeling mogelijk te maken. Deze vereenvoudiging bestaat met name in verwijzing naar het nationale recht en de hier geldende medezeggenschapsvoor-

van 21 april 1992, blz. 37.

75 Voorstel voor een Verordening (EEG) van de Raad betreffende het Statuut van de Europese Onderlinge Maatschappij, PB EG nr. C 99 van 21 april 1992, blz. 40; Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot aanvulling van het Statuut van de Europese Onderlinge Maatschappij met betrekking tot de rol van werknemers, PB EG nr. C 99 van 21 april 1992, blz. 57.

76 Europese Vereniging: PB EG nr. C 236 van 31 augustus 1993, blz. 1 (ontwerp-statuu), PB EG nr. C 236 van 31 augustus 1993, blz. 14 (ontwerp-Richtlijn); Europese Coöperatie: PB EG nr. C 236 van 31 augustus 1993, blz. 17 (ontwerp-statuu), PB EG nr. C 236 van 31 augustus 1993, blz. 36 (ontwerp-Richtlijn); Europese onderlinge waarborgmaatschappij: PB EG nr. C 336 van 31 augustus 1993, blz. 40 (ontwerp-statuu), PB EG nr. C 236 van 31 augustus 1993, blz. 56 (ontwerp-Richtlijn); de wijzigingsvoorstellen zijn kort besproken in S&V 1993, blz. 170-172.

Vergelijk over de op- en inrichting van de verschillende rechtsvormen het themanummer van S&V (1992, nr. 5): W.C.L. van der Grinten, Europese Verenigingen?, blz. 142-146; R.C.J. Galle, De Europese coöperatieve vennootschap, blz. 147-151 en J.B. Huizink, Ontwerp-Statuut van de Europese Onderlinge Maatschappij, blz. 155-158; in dit nummer wordt tevens aandacht geschonken aan de verslaglegging, P.A. Wessel, Jaarrekening, groepsjaarrekening en de controle daarop bij EV, de ECV en de EOM, blz. 164-168; E. Bos bespreekt de Belastingrechtelijke aspecten: Nieuwe Europese rechtspersonen en de fiscaliteit, blz. 168-170. D. de Crombrughe, la future réglementation communautaire sur le statut de l'association, de la coopérative et de la mutualité européenne, Revue du Marché Unique Européen 1993, blz. 127-150. Zie specifiek over de ECV: H.J. Schaffland, Die Europäische Genossenschaft - Eine neue Rechtsform, DWiR 1991, blz. 18-21; B. Grossfeld/Th. Fischer, Europa steht vor der Tür, Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftsrecht, blz. 57-67; W. Kessel, Der Entwurf zum Statut der Europäischen Genossenschaft, EuZW 1992, blz. 475-479; C. Lutterman, Die Europäische Genossenschaft, ZVglRWiss 1994, blz. 1-14 en tenslotte: R.C.J. Galle, Naar een Europees coöperatierecht, in: Ondernemingsrecht in internationaal perspectief: Opstellen van bedrijfsjuristen bij gelegenheid van het 65-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen (Kluwer-Deventer 1995), blz. 43-54.

77 Vergelijk over deze ontwerp-Richtlijnen: A.F.M. Dorresteyn, Medezeggenschap bij EV, ECV en EOM, S&V 1992, blz. 160-164.

schriften, mits de Lid-Staat deze voorschriften wil toepassen. Vastgelegd is dat een EV, ECV en een EOM slechts kunnen worden ingeschreven wanneer een model voor medezeggenschap is gekozen, of bij gebreke hiervan, een systeem voor voorlichting en raadpleging (artikel 1 Ontwerp-Richtlijn). Ook op dit punt kan een vergelijking worden gemaakt, met het Statuut SE. Op deze wijze wordt gewaarborgd, dat er binnen de verschillende rechtsvormen medezeggenschap van werknemers aanwezig is.

De medezeggenschap kan zo geregeld zijn, dat een Lid-Staat de nationale medezeggenschapsbepalingen met betrekking tot de samenstelling van het toezichthoudend orgaan, van toepassing verklaart op rechtsvormen die hun zetel op het grondgebied van de desbetreffende Lid-Staat hebben (artikel 2). Wanneer dit nationale recht niet van toepassing wordt verklaard, dan moet de Lid-Staat er zorg voor dragen, dat de medezeggenschapsrechten overeenkomstig de bepalingen van de ontwerp-Richtlijn tot stand komen.

Het medezeggenschapssysteem wordt in dit laatste geval gekozen door de bestuursorganen en de werknemersvertegenwoordigers. Hun keuze wordt vastgelegd in een overeenkomst.⁷⁸ In de ontwerp-Richtlijnen worden veel minder regels gegeven omtrent de te kiezen stelsels van medezeggenschap dan bij het Statuut SE. In artikel 4 lid 2 is slechts bepaald, dat medezeggenschap uitgeoefend kan worden door middel van een afzonderlijk representatief comité van werknemers of in het kader van een andere structuur die in het leven is geroepen bij overeenkomst tussen het leidinggevend orgaan en de werknemersvertegenwoordigers.⁷⁹

De invloed die werknemersvertegenwoordigers op grond van de ontwerp-Richtlijn hebben, bestaat uit informatie en raadpleging. Dit geldt minimaal ten aanzien van voorstellen die ernstige gevolgen kunnen hebben voor de belangen van werknemers. In het gewijzigd voorstel werd daaraan toegevoegd dat tevens informatieverstrekking en raadpleging moet plaatsvinden over die zaken die mogelijke gevolgen hebben voor de vooruitzichten van

78 De gang van zaken is hier gesimplificeerd weergegeven. Vergelijk voor details artikel 3 lid 1. In lid 2 (of lid 3 in geval van een Europese Vereniging) wordt het geval geregeld dat men niet tot een overeenkomst komt.

79 Deze keuzemogelijkheid kan door een Lid-Staat beperkt worden voor rechtsvormen die zetel op zijn grondgebied hebben; wanneer er minder dan 50 werknemers zijn, kan besloten worden tot een vereenvoudigde voorlichtings- en raadplegingsprocedure (artikel 4 lid 2).

de EV, ECV of EOM en de werkgelegenheidssituatie.⁸⁰ Ook moet informatie worden verstrekt en dienen de werknemers geraadpleegd te worden over alle vraagstukken in verband met arbeidsvoorwaarden, met name wijzigingen in de organisatie van de rechtsvorm en de invoering van nieuwe werkmethoden en diensten, artikel 4 lid 1 sub b), en bescheiden die aan de algemene vergadering worden voorgelegd (artikel 4 lid 1 sub c). In artikel 4 lid 1 sub d wordt expliciet verwezen naar de ontwerp-Verordening.⁸¹ Ook over de in deze Statuutsbepaling opgenomen handelingen dienen de werknemersvertegenwoordigers geïnformeerd en geraadpleegd te worden. De in dit artikel genoemde handelingen zijn onderworpen aan goedkeuring van het bestuursorgaan. Het betreft bij de Europese Vereniging en de Europese Onderlinge Maatschappij het sluiten of verplaatsen van een belangrijke vestiging (of een belangrijk onderdeel) (sub a); de inkrimping, uitbreiding of wijziging van de werkzaamheden van de rechtsvorm (sub b); het aanbrengen van een wijziging in de organisatie van de rechtsvorm (sub c); het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking met andere juridische lichamen (sub d); het opnemen van kredieten (van een bepaalde omvang), het uitgeven van effecten, het overnemen of het zekerheid stellen voor verbintenissen van derden (sub e); het verwerven van roerende en onroerende goederen (sub f). In de Considerans van het gewijzigde voorstel is expliciet vastgelegd dat informatie onverwijld en zonder enige vertraging verstrekt moet worden. Bij de Europese Coöperatie is de lijst iets afwijkend. Genoemd worden daar met name: investeringsprojecten van een bepaalde omvang (sub a); het sluiten van overeenkomsten voor de levering van goederen en diensten (sub d).

De conclusie is dat de medezeggenschapsrechten die werknemers(vertegenwoordigers) ontleen aan de ontwerp-Richtlijnen zoals gekoppeld aan de voorstellen voor Verordeningen voor EV, ECV en EOM evenals bij het Statuut SE, voor Duitse en Nederlandse begrippen een niet zeer vergaande vorm van medezeggenschap betreffen. Aan werknemersvertegenwoordigers wordt een informatie- en overlegrecht toegekend ten aanzien van een aantal aangelegenheden. In tegenstelling tot het Statuut SE, zijn de modellen voor de wijze waarop men de medezeggenschap inricht veel minder gedetailleerd

80 In het bijzonder kwesties met betrekking tot de werkgelegenheidssituatie en de arbeidsvoorwaarden en alle besluiten waarvan goedkeuring van het bestuursorgaan vereist is (artikel 4 lid 1 sub a).

81 Voor de EV: artikel 30 lid 1; voor de ECV: artikel 43 lid 1; voor de EOM: artikel 38 lid 1.

geregeld. Het bij de SE te kiezen medezeggenschapsmodel, genoemde vertegenwoordiging van werknemers in het toezichthoudend- of bestuursorgaan, wordt hier niet expliciet als mogelijk model genoemd.

5.5 Conclusie

De eerste Europese regeling inzake medezeggenschap van werknemers binnen de Lid-Staten is tot stand gekomen: de Richtlijn Europese ondernemingsraad. Ondanks het compromiskarakter dat deze richtlijn in zich draagt, kan toch gesproken worden van een mijlpaal in het Europese medezeggenschapsrecht. Daar de convenantstructuur vooropstaat, laat het voorstel in verhouding tot vorige voorstellen, veel vrijheid in de inrichting van de medezeggenschap. Wanneer de in de Bijlage opgenomen subsidiaire voorschriften als uitgangspunt worden genomen, dan blijkt dat werknemers(vertegenwoordigers) recht hebben op informatie en raadpleging over een aantal aangelegenheden die als financieel-economische besluiten gekwalificeerd kunnen worden.

Vervolgens treft men medezeggenschapsregelgeving aan bij voorstellen tot harmoniserende regelgeving die betrekking heeft op een bepaalde rechtsvorm. Zo zijn in de ontwerp Vijfde Richtlijn (structuur van de NV) modellen opgenomen voor de inrichting van de medezeggenschap en zijn enigszins hiermee vergelijkbare modellen verbonden aan de ontwerp-Verordeningen voor een aantal Europese rechtspersonen. Het betreft hier een Europese vennootschap (SE), vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij. In het meest recente voorstel voor regeling van de medezeggenschap bij deze rechtsvormen, de circulatie-Richtlijn SE, is de convenantvorm opgenomen in een nieuw model voor inrichting van de medezeggenschap; wellicht wordt ook bij de overige rechtsvormen een dergelijk model overwogen.

De medezeggenschapsrechten die werknemers aan de hierboven beschreven ontwerpen kunnen ontleenen, zijn bijzonder sterk afhankelijk van de statutaire zetel van de rechtsvorm waarin medezeggenschap wordt uitgeoefend. De concrete invulling van de regelgeving wordt aan de Lid-Staten overgelaten. Wanneer wordt gekozen voor werknemersvertegenwoordigers in het toezichthoudend- of bestuursorgaan dan is de medezeggenschap krachtiger in die gevallen dat aan deze organen een goedkeuringsrecht ten aanzien van bepaalde categorieën besluiten is toegekend. De medezeggenschapsrechten die werknemers(vertegenwoordigers) aan de overige modellen

voor inrichting van de medezeggenschap kunnen ontlelen, houden maximaal een informatie- of overlegrecht in bij te nemen financieel-economische besluiten.

De harmonisatie van medezeggenschapsrechten binnen Europa is een zeer sterk politiek getint probleem. Wanneer men kiest voor een krachtige medezeggenschapsregeling die werknemersvertegenwoordigers een ruime mate van invloed geeft in de desbetreffende Europese rechtsvormen, dan is de kans groot dat de regeling op politiek verzet stuit in een aantal Lid-Staten en derhalve niet tot stand komt. Een slechts summiere medezeggenschapsregeling stuit op verzet van de vertegenwoordigers afkomstig uit Lid-Staten waar de medezeggenschap van werknemers een grote ontwikkeling heeft doorgemaakt. Bij het ontwerpen van regelgeving in Europees verband moet dan ook, wil men uiteindelijk enige harmonisatie van regelgeving bereiken, tussen deze twee belangen worden geschipperd. De nu voorliggende ontwerpen dragen daarom een zeer sterk compromiskarakter. De inrichting van de medezeggenschap en structuur van de rechtsvorm wordt voor nadere invulling aan de Lid-Staten overgelaten. Gevolg van deze methode van regelgeving is dat er feitelijk evenzoveel verschillende SE's, EV, ECV, EOM dan wel NV's op grond van de vijfde Richtlijn ontstaan, als er Lid-Staten zijn.

DEEL II

MEDEZEGGENSCHAP BIJ FINANCIEEL-ECONOMISCHE BESLUITEN, EEN ANALYSE

FUSIE, OVERNAME EN SAMENWERKING VAN ONDERNEMERS

6.1 Inleiding

Het begrip *fusie* is te omschrijven als: het samenvoegen van ondernemingen, die hierdoor in economisch opzicht één geheel gaan vormen.¹ In deze betekenis zal ik de term *fusie* hieronder gebruiken. Als equivalenten voor *fusie* komt men soms de begrippen *overname* of *take-over* tegen. Toch is hier een verschil in nuance; bij fusie gaan (vrijwel) gelijkwaardige ondernemingen samen, terwijl er bij een overname in het algemeen sprake is van verkrijging van zeggenschap over een (kleinere) onderneming door een andere, (grotere) onderneming. In het begrip overname zit een dominantie van de ene onderneming over de andere verrat; een element van ongelijkwaardigheid. Van een *onvriendelijke overname* is sprake wanneer een ondernemer tegen de zin van de leiding (bestuur) wordt verkregen door een andere ondernemer.²

Juridisch zijn er drie methoden van fusie te onderscheiden: aandelenfusie, bedrijfsfusie en juridische fusie.³ De aandelenfusie komt in de praktijk het meeste voor.⁴

Een fusie kan grote gevolgen hebben voor de dagelijkse werkomstandigheden van werknemers van de fuserende ondernemingen. Zo kunnen reorganisaties en inkrimpingen het gevolg van een fusie zijn (zie hoofdstuk 7

-
- 1 Sanders/Westbroek, blz. 503; Asser-Maeijer 2 III, nr. 567. Velerlei omschrijvingen van het verschijnsel 'fusie' komen in de literatuur voor; zo omschrijft R.H. van het Kaar, Medezeggenschap bij fusie en ontvechting (Kluwer-Deventer 1993), blz. 17, fusie als 'het samentrekken van juridisch zelfstandige organisaties onder centrale beslissingsmacht'.
 - 2 Overigens vindt ook onvriendelijke overname plaats door middel van één van de hieronder te bespreken fusiemethoden (aandelen-, juridische, of bedrijfsfusie).
 - 3 In de literatuur wordt soms nog een vierde vorm van fusie onderscheiden: contractuele fusie, zie Sanders/Westbroek, blz. 504, 523.
 - 4 Gelet op artikel 2, Cijfers over fusie 1970-1990, Uitgave van de Commissie voor Fusie-aangelegenheden 1990, blz. 28. Interessant is, dat de aandelenoverdracht over deze periode niet alleen absoluut de meest gebruikte fusievorm is, maar dat er ook in verhouding tot de overige fusievormen steeds meer gebruik van wordt gemaakt. Zie over de voordelen van de aandelenfusie in verhouding tot andere fusievormen: J.C.K.W. Bartel, Aandelen- en bedrijfsfusies, NV 68 (1990), blz. 29-35; D.J. Berkenbosch/G.J.S. Postma, Fusies (Vademecum Ondernemingsrecht Kluwer-Deventer 1989).

hieronder). Ook kunnen de gezagsverhoudingen en het loopbaanbeleid wijziging ondergaan.⁵ Met het oog op deze ingrijpende gevolgen, zijn er in de wetgeving regels opgenomen die werknemers in het fusieproces betrekken.

Het plan van behandeling is als volgt. Ik onderzoek achtereenvolgens de medezeggenschapsrechten van werknemers(vertegenwoordigers) bij de drie fusiemethoden. Daarbij richt ik mij op de vraag of werknemers(vertegenwoordigers) medezeggenschap hebben bij het besluit tot fusie; niet aan de orde komt de inrichting van de medezeggenschap na fusie.⁶ De aandelenfusie behandel ik in paragraaf 6.2, de bedrijfsfusie in paragraaf 6.3 en de juridische fusie in paragraaf 6.4. In paragraaf 6.5 komt de onvriendelijke overname aan de orde. In de paragrafen 6.2 tot en met 6.5 hanteer ik eenzelfde structuur: ik behandel bij iedere vorm van fusie achtereenvolgens de Wet op de ondernemingsraden, de SER-Fusiegedragsregels en de structuurregeling.⁷ Tussen ondernemingen kunnen zich ook vormen van samenwerking voordoen, die niet als fusie te kwalificeren zijn; een aantal van deze samenwerkingsvormen komt aan de orde in paragraaf 6.6. Nadat de mogelijke samenloop van medezeggenschapsregelingen in geval van fusie is besproken in paragraaf 6.7, volgt in de volgende paragraaf een schets van de Europese ontwikkelingen op het gebied van fusie (6.8).⁸ Het hoofdstuk wordt met een aantal conclusies besloten (par. 6.9).

5 M.R. van Gils, De postfusie-fase: personele- en organisatorische aspecten. In: W.J. Feringa/E. Priest/H.A. Ritsema, *Fusie en overname* (Wolters Noordhoff Management-Groningen 1991), blz. 140.

6 Zie over dit probleem: J.A. van Gijzen/P.F. Doornik, De rechtspositie van fungerende ondernemingsraden na fusie, NV 70 (1992), blz. 170-174; C.J. van Leeuwen, De OR en zijn bestaansrecht, ArbeidsRecht 1995 nr. 7/8, blz. 19-23 (met name blz. 19-21); J.A. van Gijzen/P.F. Doornik, De rechtspositie van fungerende ondernemingsraden na (juridische) fusie, S&V 1995, blz. 143-148 naar aanleiding van de uitspraak van de Pres. Rb. Leeuwarden 9 februari 1995, KG 1995, 213; JAR 1995, 91; SR 1995, blz. 129-130 (commentaar Van het Kaar). Deze problematiek wordt nog aangestipt in hoofdstuk 9 (medezeggenschapsconvenanten).

7 Onbesproken blijven hier de artikelen 7A:1639aa e.v. BW (behoud van rechten van werknemers bij overgang van een onderneming), vergelijk paragraaf 3.4.

8 Geen aandacht wordt besteed aan de mededingingsaspecten van fusie, zoals neergelegd in de artikelen 85, 86 EEG-Verdrag en de Concentratieverordening van de EG. Deze kartelrechtelijke bepalingen vallen buiten de doelstelling van dit onderzoek.

6.2 Aandelenfusie

6.2.1 Algemeen

Van een aandelenfusie is sprake wanneer de meerderheid van de aandelen in een NV/BV door een andere ondernemer wordt overgenomen.⁹ Grofweg kunnen hierbij de volgende manieren worden onderscheiden. De ene rechtspersoon kan de meerderheid van de aandelen in een andere vennootschap verwerven, of de fuserende vennootschappen kunnen een derde rechtspersoon oprichten, die de aandelen van de beide fuserende vennootschappen overneemt. Ook kan nog de aandelenfusie door emissie van aandelen worden onderscheiden. De laatste twee varianten behandel ik apart in de paragrafen 6.2.5 en 6.2.6.

Bij een aandelenfusie zijn de aandeelhouders van de fuserende vennootschap(pen) partij. Het initiatief tot een aandelenfusie kan daarom door de (groot)aandeelhouder(s) worden genomen, waarna onderhandelingen tussen de verkrijgende rechtspersoon en de aandeelhouders van de vennootschap waarvan de aandelen worden overgedragen, plaatsvinden. Wanneer er sprake is van een NV met een gespreid aandelenbezit zal het initiatief tot een aandelenfusie veelal bij het bestuur liggen. De fusieonderhandelingen worden dan door de besturen van de beide vennootschappen gevoerd, waarna de 'verkrijger' een bod doet aan de aandeelhouders van de over te nemen vennootschap.¹⁰ Wanneer aandelenfusie plaatsvindt door middel van emissie van aandelen zal het besluit hiertoe genomen worden door de algemene vergadering van aandeelhouders, of door het bestuur indien de emissiebevoegdheid aan dit orgaan is gedelegeerd (art. 2:96/206 lid 1 BW).

6.2.2 *Wet op de ondernemingsraden*

I Ondernemingsraad van de vennootschap wier aandelen worden vreemd

Ingevolge de Wet op de ondernemingsraden (WOR) moet een advies van de ondernemingsraad worden ingewonnen bij een voorgenomen besluit van de ondernemer tot overdracht van zeggenschap over (een onderdeel van) de onderneming (art. 25 lid 1 sub a WOR).

9 Sanders/Westbroek blz. 506.

10 Vergelijk Handboek, nr. 402.

Voor beantwoording van de vraag of de ondernemingsraad een adviesrecht toekomt bij overdracht van aandelen op grond van artikel 25 lid 1 sub a WOR, richt ik mij eerst op de in Inzicht gegeven toelichting.¹¹ Daar wordt, onder verwijzing naar het grote belang dat werknemers hebben bij beslissingen omtrent wijziging in zeggenschap over hun onderneming, geconcludeerd dat bij een fusie (onafhankelijk van de juridische vorm) de ondernemer adviesplichtig is op grond van artikel 25 lid 1 sub a WOR.¹² Geheel voorbijgegaan wordt hier aan de bij aandelenfusie optredende specifieke problemen.

Allereerst dient er volgens de tekst van artikel 25 lid 1 sub a WOR zeggenschap overgedragen te worden over de *onderneming*, dus over de arbeidsorganisatie. Bij een aandelenoverdracht van de meerderheid der aandelen wordt de zeggenschap in de vennootschap, dus de ondernemer, overgedragen.

In de tweede plaats rijst de vraag wat onder *zeggenschap* verstaan dient te worden. Dient er een meerderheidspakket aandelen overgedragen te worden?

Tenslotte kan men het besluit van een aandeelhouder (of meerdere aandeelhouders) om zijn (hun) aandelen over te dragen, niet vanzelfsprekend aanmerken als een besluit van de vennootschap, de ondernemer in de zin van de WOR. De overdracht van zeggenschap is, in tegenstelling tot de overige in artikel 25 lid 1 sub a tot en met j WOR opgenomen adviesplichtige (voorgenomen) besluiten, niet per definitie een bestuursaangelegenheid.¹³ Met name in concernverhoudingen rijzen er, althans in theorie, problemen. Valt een aandelenoverdracht door een moedervennootschap van aandelen in de dochter onder het adviesrecht van de ondernemingsraad van deze dochtermaatschappij? Aan deze toerekening van besluitvorming werd in paragraaf 1.8 aandacht besteed.

Om tot een beantwoording te komen van de vraag of de ondernemingsraad in geval van een overdracht van aandelen in zijn ondernemer een adviesrecht toekomt behandel ik eerst de wetsgeschiedenis van artikel 25 lid 1 sub a WOR, en richt ik mij vervolgens op de onderdelen 'overdracht van zeggenschap over de *onderneming*' en 'overdracht van *zeggenschap*'. Ook

11 Inzicht, blz. 102.

12 Wellicht ten overvloede merk ik nog op, dat de in de laatste zin van art. 25 lid 1 WOR opgenomen buitenlandclausule geen betekenis heeft voor de 'overdracht van zeggenschap' zoals opgenomen in lid 1 sub a, zodat ook een overdracht van aandelen aan een buitenlandse vennootschap adviesplichtig kan zijn.

13 J.B. Huizink, De ondernemingsraad en aandelentransacties, art. 25 lid 1 sub a Wet op de ondernemingsraden, TVVS 1988, blz. 147.

zal ik nog enkele opmerkingen maken over de toerekening in geval van aandelenfusie.

a. Wetsgeschiedenis

Artikel 25 lid 1 sub a werd in 1971 in de WOR opgenomen.¹⁴ De tekst luidde:

"De ondernemer stelt, tenzij zwaarwichtige belangen van hemzelf dan wel van de onderneming zich daartegen naar zijn oordeel verzetten, de ondernemingsraad in de gelegenheid aan hem advies uit te brengen over een door hem of door een ander bij de onderneming betrokken persoon te nemen besluit tot:

a. overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan aan een andere ondernemer."

In de Memorie van Toelichting en in de verdere geschiedenis van het wetsontwerp wordt niet stil gestaan bij de vraag of aandelenoverdrachten onder de 'overdracht van zeggenschap over de onderneming' vallen. Blijkbaar heeft men op dit punt geen problemen voorzien. Opmerkelijk is de formulering dat advies uitgebracht moet worden over een 'door hem (de ondernemer, *JR*) of door een ander bij de onderneming betrokken persoon te nemen besluit (...)'. Uit de toelichting bij artikel 25 blijkt, dat deze passage ziet op te nemen besluiten van andere in het kader van de onderneming werkzame personen die tot het nemen daarvan bevoegd zijn.¹⁵ De passage is in de WOR van 1979 geschrapt omdat zij in de praktijk onduidelijk bleek.¹⁶

In 1975 bracht de SER advies uit over de taak, samenstelling en bevoegdheden van de ondernemingsraden.¹⁷ Hoewel daarin het adviesrecht uitgebreid aan de orde kwam, werden er geen overwegingen gewijd aan de 'overdracht van zeggenschap' zoals in artikel 25 lid 1 sub a WOR 1971 was vastgelegd.¹⁸ Ook tijdens de parlementaire behandeling van de WOR 1979 kwam medezeggenschap bij aandelenoverdracht ex artikel 25 lid 1 sub a WOR niet aan de orde. Opmerkelijk is dat ook de SER in zijn advies inzake de knelpunten in de WOR geen aandacht besteedde aan deze kwestie, terwijl

14 Zie paragraaf 1.1 voor de geschiedenis van WOR en 1.3.1 voor de geschiedenis van het adviesrecht.

15 Tweede Kamer 1969-1970, 10 335 nr. 3, blz. 23. Zie over deze formulering ook: F. Koning, *Interface Heuga. Van ondernemingsraad naar ondernemersraad?* NV 72 (1994), blz. 161.

16 Zie paragraaf 1.3.1.

17 SER-advies 1975/14.

18 SER-advies 1975/14, blz. 23-24 zijn gewijd aan artikel 25 WOR.

er toen toch al zo'n overvloedige hoeveelheid literatuur over de kwestie was verschenen.¹⁹

b. Overdracht van zeggenschap over de onderneming

Artikel 25 lid 1 sub a WOR vereist een 'overdracht van de zeggenschap over de onderneming (of een onderdeel daarvan)'. In het geval van een aandelenfusie wordt geen zeggenschap overgedragen over de onderneming, maar in de ondernemer.²⁰ In de *PUEM-zaak*²¹ is uitgemaakt, dat overdracht van zeggenschap in de rechtspersoon (de PUEM), in termen van de WOR de ondernemer, leidt tot overdracht van zeggenschap over de onderneming die door deze ondernemer in stand wordt gehouden. De relevante overweging van het Hof Amsterdam luidt als volgt (r.o. 4.11):

"(...)

Overdracht van aandelen door PUEM door de provincie, die (...), een doorslaggevende invloed heeft op het beleid van de vennootschap, leidt (na aanpassing van de statuten) tot een overdracht van zeggenschap in de PUEM en daarmee tot overdracht van de zeggenschap over de onderneming die door PUEM in stand wordt gehouden."

Deze zogenaamde gelijkstelling is, ondermeer door Van Solinge, reeds geruime tijd geleden bepleit.²² In de literatuur is dit element van de PUEM-

-
- 19 SER-advies 1992/07; overigens komt de kwestie ook niet aan de orde in het Kabinetsstandpunt, Tweede Kamer 1994-1995, 24 132, nr. 1.
- 20 Zie hieromtrent: H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen* (Kluwer-Deventer 1981), blz. 149-150.
- 21 PUEM, Hof Amsterdam 27 juli 1989, NJ 1990, 734. Besproken door Dorresteyn in SR 1989, blz. 305-306; F.J.P. van den Ingh, *Enige kanttekeningen bij Hof Amsterdam 27 juli 1989*, WPNR 5958/5959 (1989), blz. 278-280/297-298 en Slagter in TVVS 1990, blz. 286-287; P. Roos, *Zorgvuldige voorbereiding van besluitvorming als algemeen beginsel van behoorlijk ondernemingsbestuur: het PUEM arrest*, AA 40 (1991), blz. 809-817; S.M. Bartman/A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern* (2e druk, Gouda Quint-Arnhem 1994), blz. 163-168; C. de Groot, *Enkele aspecten van het adviesrecht*, SMA 1991, blz. 738-741; Van het Kaar, op.cit. (noot 1), met name blz. 91-94.
- 22 A.G. van Solinge, *Concernrecht en medezeggenschap* (bespreking van het proefschrift van Honée), NV 60 (1982), blz. 57 en in: 'De positie van de ondernemingsraad bij in een groep verbonden ondernemingen', opgenomen in de congresbundel 'Ondernemingsraad en vennootschap' (Kluwer-Deventer 1982), blz. 60. Terzijde merk ik op, dat de artikelen 7A:1639aa e.v. BW geen toepassing vinden bij een aandelenoverdracht; de achtergrond daarbij is, dat indien een aandeelhouder zijn aandelen verkoopt er geen sprake is van overgang van de arbeidsovereenkomst op een andere werkgever in formele zin, daar alleen de zeggenschap over de vennootschap in andere handen komt. Van Vliet merkt naar aanleiding hiervan op, dat een werknemer die formeel in dienst

uitspraak met instemming begroet.²³ Eén van de obstakels op weg naar een adviesrecht van de ondernemingsraad bij een aandelenoverdracht is hiermee weggenomen.

In de *Heuga-zaak*²⁴ werd een soortgelijke beslissing genomen door achtereenvolgens de Ondernemingskamer en de Hoge Raad. Hier was sprake van een besluit tot het afschaffen van het verlicht structuurregime via statutenwijziging. Is een dergelijk besluit te kwalificeren als een wijziging in de verdeling van de bevoegdheden in de onderneming (art. 25 lid 1 sub e WOR)? De Ondernemingskamer beantwoordde deze vraag positief²⁵, daarin gevolgd door de Hoge Raad.²⁶

is van de moedermaatschappij, maar feitelijk in dienst is van een dochtermaatschappij geen bescherming aan deze bepalingen geniet, als de moeder de aandelen in de dochtermaatschappij vervreemdt. Deze regel is, zo constateert Van Vliet, niet onder alle omstandigheden billijk. De vraag waarom de figuur van de gelijkstelling hier niet wordt gehanteerd, laat ik, daar de artikelen 1639aa e.v. buiten het kader van dit onderzoek vallen, onbeantwoord. Vergelijk: M.J. van Vliet, *Overgang van een onderneming* (Gouda Quint-Arnhem 1994), blz. 17-18; 27-30.

23 Bijvoorbeeld Van den Ingh, loc.cit. (noot 21), blz. 279; Dorresteyn, loc.cit. (noot 21), blz. 306; Bartman/Dorresteyn, op.cit. (noot 21), blz. 164 e.v.

24 Heuga, Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 1992, NJ 1993, 210 (noot Maeijer); HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545 (noot Maeijer). Zie voor uitgebreide literatuurverwijzingen paragraaf 1.8 hierboven.

25 (r.o. 4.2):

"(...)

Het hof verwerpt het verweer van de ondernemer dat het besluit tot -kort gezegd- het verlaten van het zogenoemde structuurregime niet adviesplichtig is in de zin van art. 25 lid 1 WOR omdat het geen betrekking heeft op de verdeling van bevoegdheden binnen de *onderneming* (lid 1 letter e), maar op de verdeling van bevoegdheden binnen de *ondernemer*.

(...)

Ofschoon het besluit voornamelijk een herverdeling van bevoegdheden over de organen van de rechtspersoon impliceert, acht het hof het hier door de ondernemer gemaakte onderscheid onjuist; die herverdeling werkt ook door in de onderneming (ingevolge art. 1 WOR: het als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst arbeid wordt verricht). Het zou dan ook in strijd zijn met een goede toepassing van de WOR, indien een OR de onderwerpelijke bevoegdheden zouden worden ontnomen zonder dat hem daarover advies zou worden gevraagd.

(...)"

26 (r.o. 3.3.1):

"(...)

Het oordeel dat herverdeling van de bevoegdheden binnen Interface Heuga doorwerkt in de onderneming van Heuga Nederland, hetgeen inhoudt dat Interface Heuga in zoverre vereenzelvigd kan worden met Heuga Nederland, geeft dan ook geen blijk van

c. *Overdracht van zeggenschap*

Vervolgens moet er sprake zijn van een overdracht van *zeggenschap*. Daarvan zal meestal sprake zijn bij overdracht van een aandelenpakket dat meer dan de helft van de stemrechten vertegenwoordigt. In de *PUEM-zaak*²⁷ werd het hebben van 'doorslaggevende invloed' afgeleid uit drie factoren (r.o. 4.9):

"Gelet op het feit dat 99,6% van de aandelen van de PUEM worden gehouden door de provincie, dat 6 van de 10 commissarissen worden benoemd door Gedeputeerde Staten (...) en de overige vier door coöptatie (...) en dat alle belangrijke besluiten van de directie zijn onderworpen aan de goedkeuring zowel van de raad van commissarissen als die van de algemene vergadering van aandeelhouders (...)."

Uit de *PUEM-zaak* is dus geenszins een algemene betekenis van de formulering 'overdracht van zeggenschap' te destilleren. Niettemin zou gesteld kunnen worden, dat in het geval een grootaandeelhouder zijn aandelen overdraagt deze vervreemding een overdracht van zeggenschap inhoudt aan de verkrijger. Dat is zeker het geval als er tevens sprake is van aanvullende factoren als in de statuten vastgelegde mogelijkheden tot invloedsuitoefening. Statutaire rechten kunnen dus van belang zijn bij de bepaling of in een concreet geval zeggenschap wordt overgedragen.

Op aandelen kan een pandrecht of vruchtgebruik worden verleend.²⁸ In principe komt het stemrecht toe aan de aandeelhouder, maar het is ook mogelijk dat bij vestiging van het pandrecht of vruchtgebruik wordt bepaald dat de pandhouder stemgerechtigd is. Onder omstandigheden kan vestiging van een pandrecht op aandelen, of het vestigen van vruchtgebruik een zeggenschapsoverdracht tot gevolg hebben.

Er is een groot scala aan casusposities, waarin niet duidelijk is of er zeggenschap wordt overgedragen. Hieronder probeer ik het begrip *zeggenschap* in artikel 25 lid 1 sub a WOR nader te concretiseren.

Verlies of verkrijging van zeggenschap

Het is nog onduidelijk of onder 'overdracht van zeggenschap' verstaan moet worden verlies of verkrijging van zeggenschap. Hieronder schets ik een ze-

een onjuiste rechtsopvatting (...)."

27 PUEM, Hof Amsterdam 27 juli 1989, NJ 1990, 734.

28 Vergelijk artikel 2:88 BW: vruchtgebruik op aandelen; artikel 2:89 BW: pandrecht op aandelen, zie nader Asser-Maeijer 2 III, nrs. 221-232.

vental (gedeeltelijk aan de literatuur ontleende) casusposities. Per geval zal ik aangeven of er sprake is van zeggenschapsverlies of -verkrijging.

1. De grootaandeelhouder van vennootschap A draagt een meerderheidspakket over aan rechtspersoon B. In dit geval gaat zeggenschap verloren bij vennootschap A en wordt zeggenschap verkregen door rechtspersoon B. Mijns inziens houdt dit op *PUEM* gelijkende geval een overdracht van zeggenschap in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR in.
2. De grootaandeelhouder van vennootschap A draagt een meerderheidspakket over aan een aantal verkrijgers, die geen van allen zeggenschap verkrijgen en ook niet door een onderlinge regeling tot samenwerking gebonden zijn. In dit geval gaat zeggenschap verloren bij vennootschap A, maar wordt geen zeggenschap verkregen. In een dergelijk geval is men in de literatuur verdeeld over de vraag of er sprake is van een overdracht van zeggenschap in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR.²⁹
3. Vennootschap A heeft twee aandeelhouders die ieder 50% van de aandelen bezitten. Hoe moet men oordelen in het geval dat één van beiden zijn pakket overdraagt? In een dergelijk geval gaat, zo lijkt het, geen zeggenschap verloren (en wordt ook geen zeggenschap verkregen). In de literatuur wordt wel geoordeeld, dat een dergelijke overdracht nauwelijks minder ingrijpend is, dan de overdracht van een meerderheidspakket.³⁰ Deze opvatting wil ik onderschrijven.
4. Grootaandeelhouder van vennootschap A draagt eerst 30% van zijn aandelen over aan rechtspersoon B, en vervolgens nog eens 30% van de aandelen over aan dezelfde rechtspersoon. Wanneer men de overdrachten afzonderlijk bekijkt, vormen zij geen van beide een overdracht

29 Sanders/Westbroek, blz. 550 geven dit voorbeeld, en vragen zich af of in dit geval sprake is van overdracht van zeggenschap in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR. A. Dorresteyn, Is overdracht van aandelen hetzelfde als overdracht van zeggenschap over de onderneming? [Twijfels bij adviesrecht bij aandelentransacties], OR-Informatie 18 december 1991, blz. 14-15, is in een vergelijkbaar geval van oordeel dat sprake is van overdracht van zeggenschap, zij het dat de zeggenschap na de overdracht niet langer in één hand is.

30 Van het Kaar, op.cit. (noot 1), blz. 93, kwalificeert deze overdracht als een overdracht van zeggenschap. Daarvoor knoopt hij aan bij het fusiebegrip uit de SER-Fusiegedragsregels (50% of meer van de aandelen) en bij het begrip afhankelijke maatschappij uit de structuurregeling (deelname van 50%).

van zeggenschap. Wel hebben zij uiteindelijk een verkrijging van zeggenschap door rechtspersoon B tot gevolg.³¹

5. Vennootschap A heeft een aantal aandeelhouders die hun aandelen in onderlinge samenwerking overdragen aan rechtspersoon B. In dit geval draagt geen van de aandeelhouders van vennootschap A individueel zeggenschap over vennootschap A over. In deze omstandigheden is er wel zeggenschapsverkrijging bij rechtspersoon B.
6. Als variant op nummer 5 kan gezien worden het geval, dat de aandeelhouders zonder onderlinge samenwerking hun aandelen in vennootschap A overdragen aan rechtspersoon B. Ook hier is er sprake van zeggenschapsverkrijging door rechtspersoon B, terwijl geen der aandeelhouders van vennootschap A individueel zeggenschap overdraagt. Van den Ingh heeft de suggestie gedaan om de verkrijgerskant in plaats van de vervreemderskant als uitgangspunt te nemen bij de beantwoording van de vraag of zeggenschap wordt overgedragen. In dit geval zou hij willen spreken van overdracht van zeggenschap.³² Hieronder kom ik op deze verkrijgingsvisie nog terug.
7. Als laatste voorbeeld kan dienen het geval dat verschillende aandeelhouders van vennootschap A zonder onderlinge regeling van samenwerking hun aandelen overdragen aan verschillende verkrijgers. Geen van deze verkrijgers beschikt na de transactie over beslissende zeggenschap, terwijl ook tussen hen geen onderlinge regeling tot samenwerking bestaat. In dit geval is er geen sprake van zeggenschapsverkrijging, terwijl er ook geen zeggenschapsoverdracht in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR is.³³

Hoe zou men na beschouwing van deze casusposities het zeggenschaps criterium moeten benaderen? Alleen casus 1 is in de rechtspraak aan de orde geweest, zodat daarvan met zekerheid gesteld kan worden dat er sprake is

31 Deze casus is geschetst door M.G. Rood, Wet op de ondernemingsraden (losbladig), artikel 25 aantekening 4, sub b, die uit gaat van niet-structuurvennootschappen. Door Rood wordt de tweede overdracht adviesplichtig geacht, daar in dat geval zeggenschap wordt verloren; daarbij is blijkbaar niet de omvang van het pakket dat wordt overgedragen van belang.

32 F.J.P. van den Ingh, Aandelenoverdracht en art. 25 WOR, WPNR 6124 (1994), blz. 121-122; met name blz. 121 waar als voorbeeld van verkrijging van zeggenschap wordt gegeven het geval dat zeggenschap wordt verkregen door met elkaar verbonden personen.

33 Zie voor een vergelijkbaar geval: Sanders/Westbroek, blz. 550.

van overdracht van zeggenschap. In de gevallen 2 tot en met 4 is er twijfel over de vraag of er zeggenschap wordt overgedragen in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR. Een dergelijke twijfel lijkt mij niet meer aanwezig in de gevallen 5, 6 en 7. Opgemerkt kan daarbij worden dat in de gevallen 5 en 6 geen zeggenschap wordt overgedragen, maar wel wordt verkregen, terwijl in geval 7 zeggenschapsoverdracht noch zeggenschapsverkrijging plaatsvindt.

Ik zou de overdracht van zeggenschap als volgt willen benaderen. Aangezien de tekst van de WOR spreekt van *overdracht* van zeggenschap, wil ik mij richten op de zijde van de vervreemder. Van overdracht van zeggenschap zou ik willen spreken als een pakket van 50% of meer van de stemrechten wordt overgedragen. Ook zou ik onder omstandigheden van zeggenschapsoverdracht willen spreken in het geval dat een grootaandeelhouder zijn aandelen in twee (of meer) etappes overdraagt aan één en dezelfde verkrijger, aangezien hier sprake is van een gefaseerde zeggenschapsoverdracht. Mijns inziens is daarbij wel de termijn die tussen beide overdrachten gelegen is van belang; zou dit bijvoorbeeld een tijdsbestek van minimaal een jaar zijn, dan is verdedigbaar dat van een gefaseerde zeggenschapsoverdracht geen sprake is. Tenslotte zou ik van overdracht van zeggenschap willen spreken in het geval dat verschillende aandeelhouders in onderlinge samenwerking hun aandelen overdragen, daar deze overdracht als een gezamenlijke overdracht gekwalificeerd kan worden; hiermee kwalificeer ik het door mij sub 5 gegeven voorbeeld dus als overdracht van zeggenschap.³⁴ Duidelijk is, dat voor een uiteindelijk adviesrecht van de ondernemingsraad de zeggenschapsoverdracht aan de ondernemer toegerekend moet kunnen worden.

Zoals ik hierboven al aangaf is door Van den Ingh een nieuwe benadering gekozen. Hij stelt voor om bij beantwoording van de vraag of er zeggenschap wordt overgedragen te kijken naar de zijde van de verkrijger(s) in plaats van naar de zijde van de vervreemder. Ter ondersteuning van zijn visie wijst hij o.a. op de wetsgeschiedenis; uit het SER-advies 1968/13 blijkt dat de achtergrond van het adviesrecht is, dat wijziging kan optreden in de arbeidsvoorwaarden of in het aantal werknemers.³⁵ Aangezien de verkrijger

34 Ook in Sanders/Westbroek, blz. 550 lijkt een dergelijk geval als overdracht van zeggenschap gekwalificeerd te worden.

35 Van den Ingh, loc.cit. (noot 32), blz. 121-122. Ook in de beschikking inzake AEGON, Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 1992, ROR 1993, 5; SR 1992, blz. 354-355 (commentaar Zeijlstra), bleken de arbeidsvoorwaarden na overgang van belang. Het is dus interessant of er aan verkrijgerszijde het voornemen bestaat de arbeidsvoorwaarden of

degene is, die in de toekomst de arbeidsvoorwaarden zal vaststellen, is het meer in overeenstemming met de achtergrond van het adviesrecht, om een zeggenschapsverkrijging tot uitgangspunt te nemen. Ook in deze benadering, moet altijd nog onderzocht worden of het besluit tot deze zeggenschapsoverdracht toegerekend kan worden aan de ondernemer. Van den Ingh is van mening dat zijn visie op de zeggenschapsoverdracht niet van (nadelige) invloed is op de mogelijkheid van toerekening (en dus uiteindelijk adviesrecht van de ondernemingsraad).³⁶ Ter illustratie van de verkrijgingsvisie wordt door Van den Ingh een tweetal gevallen van zeggenschapsverkrijging geschetst; ik zal onderzoeken of in deze gevallen uiteindelijk een adviesrecht van de ondernemingsraad zal ontstaan.

Allereerst de casus dat een bidder een openbaar bod doet op aandelen die zodanig zijn gespreid dat geen enkele aandeelhouder (alleen of in verbinding met andere aandeelhouders) meer dan de helft van de stemrechten heeft. Indien het bod slaagt, heeft de bidder zeggenschap verkregen in de zin van de WOR. Voor een adviesrecht van de ondernemingsraad verbonden aan de vennootschap waarvan de aandelen worden vervreemd, moet zeggenschapsoverdracht (i.c. dus zeggenschapsverkrijging) kunnen worden toegerekend aan de ondernemer. Deze toerekening zal dikwijls gebaseerd kunnen worden op een positieve aanbeveling van het bestuur van de vennootschap aan de aandeelhouders om in te gaan op het openbaar bod. Mijns inziens is een zodanige expliciete aanbeveling reeds als zodanig adviesplichtig.³⁷ Ontbreekt een dergelijke positieve aanbeveling en valt ook anderszins geen betrokkenheid van het bestuur of een ander orgaan van de over te nemen vennootschap aan te wijzen, dan lijkt mij geen grond voor toerekening (en dus adviesrecht) aanwezig.

Het tweede geval betreft een overdracht van aandelen door vier (onderling niet verbonden) aandeelhouders van een BV (ieder 25%) aan een verkrijger. Ook hier is sprake van verkrijging van zeggenschap en dus, in de benadering van Van den Ingh, overdracht van zeggenschap. Ook nu moet de zeggenschapsoverdracht kunnen worden toegerekend aan de vennootschap waarvan de aandelen worden overgedragen. Toerekening kan wellicht, afhankelijk van de in de statuten vastgelegde (verplichte) blokkeringsregeling, ge-

het werknemersaantal te wijzigen. De kans hierop is vooral aanwezig, als ten gevolge van een aandelenoverdracht de beslissende zeggenschap in handen komt van één persoon of met elkaar verbonden personen (blz. 121).

36 Van den Ingh, loc.cit. (noot 32), blz. 122.

37 In navolging van J.M.M. Macijer, Medezeggenschap en concernverhoudingen, NV 67 (1989), blz. 119.

motiveerd worden met een goedkeuring door een vennootschapsorgaan, zodat in de visie van Van den Ingh, anders dan in de huidige benadering, een adviesrecht ontstaat.

Hiertegenover moet echter geconstateerd worden, dat van zeggenschapsoverdracht in de verkrijgingsvisie geen sprake is in het geval dat een enig- of grootaandeelhouder zijn belang overdraagt aan verschillende verkrijgers die niet individueel (of door onderlinge verbondenheid) zeggenschap verkrijgen. In een dergelijke constellatie kan onzekerheid bestaan over de 'toekomst van de arbeidsvoorwaarden' van de werknemers, en lijkt een adviesrecht van de ondernemingsraad mij wenselijk. Duidelijk is, dat ook hier nog eerst toerekening van het besluit van de (groot)aandeelhouder aan de vennootschap plaats moet vinden.

De hier geschetste casusposities overziende wil ik de verkrijgingsvisie niet onderschrijven; in het eerste geval is zowel in de heersende leer als in de verkrijgingsvisie uiteindelijk een adviesrecht denkbaar. In het tweede voorbeeld zal men in de heersende leer niet tot een adviesrecht kunnen komen, terwijl dat in de verkrijgingsvisie eventueel wel het geval is. De derde casuspositie valt daarentegen weer gunstiger uit voor de heersende leer, zodat er mijns inziens uiteindelijk geen gronden zijn om tot een wijziging in benadering van de zeggenschapsoverdracht over te gaan.

Potentiële zeggenschap

In de hierboven geschetste gevallen worden pakketten aandelen overgedragen. Daarnaast zijn transacties denkbaar, waarbij wijzigingen in de zeggenschapsstructuur zich pas enige tijd na het moment van de transactie effectueren. In feite wordt in dergelijke gevallen 'potentiële zeggenschap' overgedragen. Dit kan op verschillende wijzen gebeuren; gedacht kan worden aan de overdracht of uitgifte van een optierecht op aandelen, of door middel van converteerbare obligaties. Overdracht van potentiële zeggenschap komt nader aan de orde in hoofdstuk 8.

Statutaire zeggenschap van betekenis

In de *PUEM*-zaak werd overdracht van zeggenschap mede afgeleid uit statutaire zeggenschapsrechten.³⁸ Bijzondere statutaire zeggenschapsrechten

38 R.o. 4.9:

"(...)

dat 6 van de 10 commissarissen worden benoemd door GS (Gedeputeerde Staten, JR) (...) en de overige vier door coöptatie (...) en dat alle belangrijke besluiten van de directie zijn onderworpen aan de goedkeuring zowel van de raad van commissarissen als van

kunnen dus van invloed zijn bij beantwoording van de vraag of zeggenschap wordt overgedragen. Aan prioriteitsaandelen zijn bijzondere statutaire zeggenschapsrechten verbonden. Het is denkbaar, dat een overdracht van aandelen die minder dan de helft van de stemrechten vertegenwoordigt toch een zeggenschapsoverdracht tot gevolg heeft, indien aan een aantal van deze aandelen statutaire zeggenschapsrechten verbonden zijn. Prioriteitsaandelen komen nader aan de orde in hoofdstuk 8.

Ook Dorresteyn wijst op de invloed die statutaire regelingen op het stemrecht (en dus de zeggenschap binnen de vennootschap) kunnen hebben, en merkt op, dat het van belang is of een vennootschap onderworpen is aan de structuurregeling, omdat in dit regime de bevoegdheden van de algemene vergadering aanmerkelijk zijn beperkt.³⁹

d. Toerekening

Van de vraag of er 'zeggenschap' wordt overgedragen, moet onderscheiden worden de kwestie van toerekening van het besluit van de aandeelhouder(s) tot overdracht van de aandelen aan de ondernemer (vennootschap). Dit houdt in dat wanneer een (groot)aandeelhouder een pakket aandelen overdraagt dat een overdracht van zeggenschap impliceert, altijd nog de vraag volgt of het besluit tot overdracht aan de ondernemer (vennootschap) kan worden toegerekend.

In hoofdstuk 1 (par. 1.8) is, naar aanleiding van een aantal uitspraken van de Ondernemingskamer en Hoge Raad, aandacht besteed aan de toerekening van besluitvorming binnen de WOR. Bij aandelenoverdracht zou ik de volgende benadering willen kiezen. Indien door een (groot)aandeelhouder zeggenschap wordt overgedragen over de vennootschap, zal het besluit hiertoe toegerekend kunnen worden indien een orgaan van de vennootschap bij deze zeggenschapsoverdracht is betrokken. In concernverhoudingen zal daarnaast, afhankelijk van de feitelijke omstandigheden, adviesplicht kunnen ontstaan op grond van vereenzelviging van de dochtermaatschappij (ondernemer in de zin van de WOR) en de moedervennootschap.

die van de algemene vergadering van aandeelhouders is het hof van oordeel (...)".

39 Dorresteyn, loc.cit. (noot 29), blz. 14; Van den Ingh, (loc.cit. noot 32), blz. 121 merkt (met verwijzing naar het begrip dochtermaatschappij) hierover op, dat een criterium zou kunnen zijn of de verkrijger, al dan niet krachtens overeenkomst, meer dan de helft van de bestuurders kan benoemen of ontslaan (zie ook noot 8 aldaar); het gaat hier immers om de bevoegdheid het personeelsbeleid te bepalen.

II Ondernemingsraad van de verkrijgende rechtspersoon

Dan kom ik nu tot behandeling van de positie van de ondernemingsraad verbonden aan de rechtspersoon die in het kader van een aandelenoverdracht aandelen verwerft, en daarmee zeggenschap verkrijgt over een andere vennootschap en de met deze vennootschap verbonden onderneming. Deze verkrijging kan in termen van de WOR worden gekwalificeerd als het vestigen van zeggenschap over een andere onderneming (art. 25 lid 1 sub b WOR). Het vestigen van zeggenschap over een andere onderneming was niet in de limitatieve opsomming van artikel 25 WOR 1971 opgenomen.⁴⁰ In de WOR 1979 werd vestiging van zeggenschap over een andere onderneming vastgelegd in artikel 25 lid 1 sub b WOR.⁴¹

Terminologisch doet zich hier eenzelfde probleem voor als in artikel 25 lid 1 sub a WOR.⁴² Gesproken wordt van 'het vestigen van zeggenschap over een andere onderneming', terwijl er eigenlijk zeggenschap over de ondernemer (i.c. NV of BV) wordt gevestigd. In de hierboven besproken *PUEM*-zaak⁴³ is uitgemaakt, dat overdracht van zeggenschap over de ondernemer, overdracht van zeggenschap inhoudt over de met deze ondernemer verbonden onderneming. Met dezelfde redenering kan gesteld worden, dat vestiging van zeggenschap over een andere ondernemer, een vestiging van zeggenschap inhoudt over de met die ondernemer verbonden onderneming. De Hoge Raad kwam tot een gelijkstelling van de beide begrippen in zijn uitspraak inzake *Heuga*.⁴⁴

Hierboven heb ik aandacht besteed aan de betekenis van het zeggenschaps criterium in artikel 25 lid 1 sub a WOR. Ik heb toen aangenomen dat onder omstandigheden ook het overdragen van 'potentiële zeggenschap' adviesplichtig is op grond van artikel 25 lid 1 sub a WOR. Op dezelfde gronden zou ik ook het verkrijgen van potentiële zeggenschap adviesplichtig

40 In artikel 25 lid 1 sub f WOR 1971 werd wel het 'aangaan (...) van duurzame samenwerking van de onderneming met een andere onderneming' adviesplichtig geacht.

41 Tweede Kamer 1975-1976, 13 954, nr. 3, blz. 37:

"*Letter b* beoogt erin te voorzien dat de ondernemingsraad ook bij het verkrijgen en het overdragen van de zeggenschap over een andere onderneming door de ondernemer geraadpleegd wordt."

Overigens is artikel 25 lid 1 sub b gedurende de parlementaire behandeling een aantal malen aangepast; deze wijzigingen zijn hier van ondergeschikt belang.

42 Honée, op.cit. (noot 20), blz. 151-153.

43 *PUEM*, Hof Amsterdam 27 juli 1989, NJ 1990, 734.

44 HR 16 januari 1994, NJ 1994, 545 (noot Maeijer), vergelijk paragraaf 6.2.2 sub b hierboven.

willen achten op grond van artikel 25 lid 1 sub b WOR.⁴⁵ Ook zou ik menen, dat statutaire zeggenschapsregelingen van invloed kunnen zijn bij beantwoording van de vraag of zeggenschap wordt gevestigd. Wellicht ten overvloede merk ik op, dat men bij het vestigen van zeggenschap geen behoefte zal hebben aan de figuur van de *toerekening*, daar hier altijd een besluit van de ondernemer aanwezig is.

Tijdens de parlementaire behandeling is de vraag aan de orde geweest of iedere verkrijging van zeggenschap over een andere onderneming adviesplichtig is. Er zijn zeer wel gevallen denkbaar waarbij de verkrijging van zeggenschap over een andere onderneming geen gevolgen heeft voor de werknemers van de adviesgerechtigde ondernemingsraad.⁴⁶ Het adviesrecht is op dit punt niet ingeperkt.

Wel wordt het adviesrecht van artikel 25 lid 1 sub b WOR beperkt door de zogenaamde 'buitenlandclausule'. De ondernemingsraad komt geen adviesrecht toe, wanneer de 'andere onderneming' een buitenlandse onderneming is, en redelijkerwijs niet te verwachten is dat het voorgenomen besluit gevolgen zal hebben voor de onderneming van de ondernemingsraad aan wie het adviesrecht toekomt. Deze gevolgen betreffen de werkgelegenheid van de Nederlandse onderneming.⁴⁷ De minister heeft tijdens de parlementaire behandeling een aantal toetsingscriteria geformuleerd, om te bepalen of het besluit gevolgen heeft voor de Nederlandse onderneming. Allereerst moet de buitenlandse onderneming in verhouding tot de Nederlandse van aanzienlijke omvang zijn. Beide ondernemingen moeten tot dezelfde dan wel een nauw verwante branche behoren, of de buitenlandse onderneming moet op dezelfde markt werkzaam zijn als de Nederlandse onderneming.⁴⁸

45 Zie hierna, hoofdstuk 8.

46 Tijdens de parlementaire behandeling is de vraag gesteld, of de ratio niet aan de bepaling ontbreekt in geval er geen gevolgen zijn voor de onderneming (Tweede Kamer 1976-1977, 13 954, nr. 11, blz. 14). Hierop is toendertijd door de Minister geantwoord dat hij zich nauwelijks kan voorstellen dat er geen gevolgen zijn voor de onderneming en dat het, zo dat niet het geval is, juist de zin is van artikel 25 dat de ondernemingsraad zich zelfstandig een mening kan vormen of het betrokken besluit de werknemersbelangen al dan niet raakt (Tweede Kamer 1976-1977, 13 954, nr. 12, blz. 12). In Inzicht, blz. 103 wordt opgemerkt dat de ondernemingsraad zich van het geven van advies kan onthouden, als hij van mening is dat het besluit de belangen van de eigen onderneming niet raakt.

47 M.G. Rood, Wet op de ondernemingsraden (losbladige editie-Gouda Quint), art. 25 aantekening 13.

48 Handelingen Tweede Kamer 20 september 1978 (Wetsontwerp 13 954), blz. 60.

6.2.3 SER-Fusiegedragsregels

Bij een aandelenfusie ontnemen werknemers(vertegenwoordigers) niet alleen medezeggenschapsrechten aan de WOR, maar tevens aan Hoofdstuk II van de SER-Fusiegedragsregels.⁴⁹ Kort samengevat is de gang van zaken deze, dat wanneer een gewettigde verwachting bestaat dat een fusie in de zin van de SER-Fusiecode zal plaatsvinden, de vakorganisaties hiervan onverwijld op de hoogte worden gebracht (art. 18 Fusiecode). Vervolgens moet informatie aan de vakorganisaties worden verstrekt, en mogen zij hun oordeel over de voorgenenomen fusie uitspreken. Dit laatste moet gebeuren voordat overeenstemming tussen de fuserende partijen is bereikt (art. 18 lid 4 Fusiecode). Een geheimhoudingsplicht is opgenomen in artikel 18 lid 2 SER-Fusiegedragsregels. Omdat op grond van de Code de beide fusiepartners de verplichtingen uit Hoofdstuk II van de Code moeten naleven is een onderscheid in behandeling van de vennootschap die haar aandelen vreemdtd en de vennootschap die aandelen verkrijgt, niet noodzakelijk.

In artikel 14 SER-Fusiegedragsregels wordt een ruim fusiebegrip gehanteerd. Het verkrijgen van zeggenschap (...) over de activiteiten van een onderneming (of een gedeelte daarvan) wordt als fusie aangemerkt. Dit zeggenschaps criterium ziet op overdracht van vermogensrechten met betrekking tot de onderneming.⁵⁰ Tevens dient een fusie duurzaamheid in te houden.⁵¹ Een aandelenoverdracht is te kwalificeren als een overdracht van vermogensrechten. Als een aandelenoverdracht tevens een verkrijging van zeggenschap inhoudt, is er sprake van een fusie in de zin van de Code. Evenals dat bij de WOR het geval is, sluit ook de terminologie de SER-Fusiegedragsregels niet aan op die van boek 2 BW. Via een aandelenoverdracht verkrijgt de koper zeggenschap in een rechtspersoon (NV/BV). Dit zal tot gevolg hebben, dat ook zeggenschap wordt verkregen over de met deze rechtspersoon verbonden onderneming (arbeidsorganisatie), zodat ook hier gelijkstelling noodzakelijk is.

Opmerkelijk is dat er sprake is van een fusie in de zin van de Code, wanneer een belang van 50% van de aandelen wordt verkregen. Een meer-

49 Zie ook paragraaf 3.3 hiervoor.

50 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 87-88. Uniken Venema besteedt aandacht aan de historische achtergrond van het feit dat een fusie in de zin van de fusiecode in de 'vermogensrechtelijke sfeer' gelegen moet zijn. Zie M.J.G.C. Raaijmakers/C.AE. Uniken Venema, Herziening van de Fusiecode (Tjeenk Willink-Zwolle 1994), Deel II, Bescherming van werknemersbelangen bij fusies, blz. 183-186.

51 Commentaar Fusiegedragsregels, 91 e.v.

derheidsbelang blijkt dus niet noodzakelijk.⁵² Dit criterium heeft ook de consequentie, dat wanneer slechts een klein pakket aandelen wordt overgedragen aan een vennootschap die daarmee de 50%-grens overschrijdt, er sprake is van verkrijging van zeggenschap, en dus van fusie in de zin van de Code.⁵³ De verwerving van een meerderheidsbelang (nadat voordien al de helft van het aandelenkapitaal werd gehouden) is een fusie in de zin van de Fusiecode.⁵⁴ Terecht merkt Timmerman op, dat dit een eigenaardige beslissing is in het geval dat het overige aandelenbezit is gespreid; degene die 50% van het aandelenkapitaal onder zich had, was en blijft dominerend.⁵⁵ Wanneer een moederonderneming een meerderheidsbelang vervreemdt in een dochtervennootschap waar geen werknemers in dienst zijn, is sprake van een fusie in de zin van de Code.

Eventuele arrangementen als stemovereenkomsten of afspraken over de dagelijkse leiding zijn niet relevant.⁵⁶ Hierboven bleek bij de bespreking van de WOR dat bij de bepaling of sprake is van een 'overdracht van zeggenschap' in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR, op grond van de uitspraak inzake *PUEM*, statutaire regelingen van belang kunnen zijn. Door de Commissie voor Fusieaangelegenheden is uitgemaakt dat contractuele regelingen voor de bepaling of 'zeggenschap wordt gekregen' op grond van de Code niet van belang zijn.⁵⁷

52 "het verwerven (...) van een pakket ter grootte van de helft of meer van de gewone aandelen", Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 87.

Overigens kan men hier een parallel zien met het begrip afhankelijke maatschappij, zie de artikelen 2:152/262 BW. Vereist is een kapitaalverschaffing van ten minste helft van het geplaatste kapitaal, zie voor de keuze van het begrip afhankelijke maatschappij Timmerman, Rechtspersonen, artikel 152 boek 2 BW, aant. 1 en 2, en Asser-Maeijer 2 III, nr. 383 en 597.

53 Stel dat een houder van 5% van de aandelen in een NV, deze overdraagt aan de houder van 49% van de aandelen, dan is er geen overdracht van zeggenschap, maar wel een verkrijging van zeggenschap. Vergelijk Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 96. Het voorbeeld is ontleend aan D.J. Berkenbosch/G.J.S. Postma, Fusies (Vademecum ondernemingsrecht, Kluwer-Deventer 1989), blz. 24.

54 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 88.

55 L. Timmerman, De reikwijdte van Hoofdstuk II van de fusiegedragsregels. In: De toekomst van de fusiegedragsregels (Tjeenk Willink-Zwolle 1992), blz. 111.

56 90e Verslag Fusiecode, blz. 4.

57 Uniken Venema, Herziening van de Fusiecode (op.cit. noot 50), blz. 185 merkt dan ook op, dat het verkrijgen van zeggenschap een gekunsteld begrip is, daar juist door aanwezige contractuele regelingen, een verkrijging van zeggenschap in de zin van de Code feitelijk geen zeggenschap hoeft in te houden. Door Uniken Venema wordt een herziening van de Code op dit punt voorgesteld; het begrip zeggenschap moet verruimd wor-

Uit de uitspraken van de SER-Commissie voor Fusieaangelegenheden blijkt, dat ook 'potentiële zeggenschap' als zeggenschap opgevat kan worden. Dit speelt met name bij uitgifte van in aandelen converteerbare geldleningen, maar ook bij verkrijging van opties of converteerbare obligaties. In hoofdstuk 8 komt verkrijging van potentiële zeggenschap nader aan de orde.

6.2.4 Structuurregeling

In de opsomming van bestuursbesluiten die volgens de structuurregeling aan goedkeuring van de raad van commissarissen zijn onderworpen (art. 2:164 lid 1 BW), komt de aandelenoverdracht als zodanig niet voor. Ook een formulering vergelijkbaar met artikel 25 lid 1 sub a WOR ('overdracht van zeggenschap') is niet opgenomen. Wel bestaat een goedkeuringsrecht in het geval dat het bestuur van de vennootschap besluit omtrent 'het aangaan (...) van duurzame samenwerking met een andere onderneming (...), indien deze samenwerking (...) van ingrijpende betekenis is voor de vennootschap' (art. 2:164 lid 1 sub d BW). Daarnaast is een bestuursbesluit omtrent het 'nemen van een deelneming ter waarde van ten minste een vierde van het bedrag van het geplaatste kapitaal (...) ' aan goedkeuring onderworpen (art. 2:164 lid 1 sub e BW).

Het vervreemden van aandelen in het kader van een aandelenfusie is onder omstandigheden te kwalificeren als het aangaan van duurzame samenwerking met een andere vennootschap. In dat geval zal de samenwerking in de zin van artikel 2:164 lid 1 sub d BW van ingrijpende betekenis zijn voor de vennootschap. Indien het bestuur een voorstel doet tot vervreemding van aandelen in het kader van een aandelenfusie, en deze fusie niet als een duurzame samenwerking met een andere ondernemer te kwalificeren is, zal de raad van commissarissen geen goedkeuringsrecht hebben op grond van artikel 2:164 lid 1 BW, maar wel op grond van zijn algemene toezichthoudende taak betrokken moeten worden. Voor een goedkeuringsrecht is een besluit van het bestuur van de vennootschap omtrent de duurzame samenwerking vereist. Bij een aandelenfusie worden de aandelen vanzelfsprekend

den, zodat het begrip de zeggenschapsverhoudingen die naast aandelenbezit op statutaire en/of contractuele regelingen berusten, gaat omvatten. Op deze wijze ontstaat een betere overeenstemming met het zeggenschapsbegrip uit artikel 25 lid 1 sub a WOR, vergelijk blz. 187-189. Overigens stelt hij wijziging van de Code voor in die zin, dat het fusiebegrip van de Fusiegedragsregels wordt aangepast aan het zeggenschaps criterium ex artikel 25 lid 1 WOR, zie blz. 305-306.

overgedragen door de (groot)aandeelhouder(s). Van een goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen zal slechts sprake kunnen zijn, indien het bestuur van de structuurvennootschap bemoeienis heeft met de aandelen-overdracht. Het is heel goed mogelijk, dat het bestuur een voorstel tot het aangaan van een fusie doet op de aandeelhoudersvergadering. Een besluit tot het doen van een dergelijk voorstel is dan aan goedkeuring onderworpen.⁵⁸

Aan verkrijgerszijde zal er sprake zijn van het nemen van een deelneming. Het bestuursbesluit omtrent het nemen van deze deelneming is slechts aan goedkeuring van de raad van commissarissen onderworpen, wanneer zij aanzienlijk van omvang is. Zij moet op grond van artikel 2:164 lid 1 sub e BW immers de waarde vertegenwoordigen van een kwart van het geplaatste kapitaal en reserves van de verkrijgende structuurrechtspersoon.⁵⁹ Aan dit vereiste zal niet zo snel voldaan zijn.⁶⁰ Ook zal het fusiebesluit wellicht als een besluit tot duurzame samenwerking gekwalificeerd kunnen worden; wél is ook hier vereist, dat de samenwerking van ingrijpende betekenis is voor de structuurvennootschap. Slechts in dat geval is goedkeuring op grond van artikel 2:63j/164 lid 1 sub d BW vereist.

6.2.5 Aandelenfusie door oprichting van een derde vennootschap

Het is ook mogelijk, dat de besturen van twee vennootschappen besluiten tot een aandelenfusie en daartoe een derde vennootschap oprichten die de aandelen van de beide fuserende vennootschappen gaat houden. Een dergelijk besluit, dat betrekking heeft op het zelfstandig voortbestaan van de vennootschap, is niet te brengen onder de algemene bestuursbevoegdheid.⁶¹ Tot deze bestuursbevoegdheid zijn alle handelingen te rekenen die vallen onder de statutaire doelomschrijving.⁶² Indien een raad van commissarissen bin-

58 Vergelijk Handboek, nr. 275.1.

59 Zoals in hoofdstuk 2 (par. 2.4) al aan de orde kwam, wordt de omvang van de deelname statutair geregeld lager gesteld dan dit percentage.

60 Handboek, nr. 275.1.

61 Vergelijk § 9 Departementale richtlijnen voor de inhoud van de bestuursbevoegdheid. Daartoe behoren wel het samengaan met een andere vennootschap, of het nemen van een deelneming in een andere vennootschap.

62 Tot de bestuursbevoegdheid behoren niet alleen handelingen die rechtstreeks onder de statutaire doelomschrijving te brengen zijn, maar tevens de zogenaamde 'secundaire handelingen'. Daaronder zijn te verstaan handelingen die, hoewel ze niet expliciet in de statutaire doelomschrijving staan vermeld, naar gebruik en redelijkheid en billijkheid daaruit voortvloeien en daarmee samenhangen, vergelijk: Asser-Maeijer 2 III, nr. 291.

nen de ondernemer aanwezig is, dient deze mijns inziens geraadpleegd te worden.⁶³ In geval van een dergelijke fusie is in de visie van Van der Grinten tevens een besluit vereist van de algemene vergadering van aandeelhouders.⁶⁴

Wet op de ondernemingsraden

Op grond van de WOR zijn beide vennootschappen adviesplichtig op grond van artikel 25 lid 1 sub a WOR: overdracht van zeggenschap over de onderneming, daar de besturen van beide vennootschappen bij de transactie betrokken zijn, en men de toerekeningsvraag derhalve positief kan beantwoorden. Ook lijkt mij verdedigbaar om een dergelijke aandelenfusie te kwalificeren als het aangaan van een 'duurzame samenwerking met een andere onderneming', zodat advies gevraagd moet worden op grond van artikel 25 lid 1 sub b WOR. Van der Grinten merkt op, dat van duurzame samenwerking bij verwerving van een aandelenpakket slechts sprake zal zijn, indien het de opzet is, dat tussen de ondernemingen van de ondernemers een samenwerking ontstaat, die inhoudt dat zij een gemeenschappelijk of op elkaar afgestemd beleid gaan voeren.⁶⁵

Omdat de formulering 'duurzame samenwerking' hieronder nog meermaalen aan de orde zal komen, ga ik er wat dieper op in. In de wetsgeschiedenis zijn weinig aanknopingspunten voor de interpretatie van het begrip te vinden. In de WOR 1971 was de ondernemingsraad adviesgerechtigd indien er sprake was van een '(...) besluit tot: het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking van de onderneming met andere ondernemingen' (art. 25 lid 1 sub f WOR 1971). Uit de memorie van toelichting bij dit ontwerp blijkt, dat onder 'duurzame samenwerking' een mededingingsafpraak kan worden begrepen, omdat een dergelijke afspraak duurzame samenwerking kan inhouden of tot gevolg kan hebben, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁶⁶ Bij latere wijzigingen van de WOR zijn er hoegenaamd geen overwegingen meer aan de interpretatie van de bepaling gewijd.

Bevoegdheden die niet dwingendrechtelijk toekomen aan de algemene vergadering kunnen statutair aan het bestuur worden toegekend.

63 Zie Van Schilfgaarde, BV en NV, nr. 42 en Sanders/Westbroek, blz. 588-589; 511-512. Asser-Maeijer 2 III, nrs. 290-292.

64 Handboek, nr. 235.1.

65 W.C.L. van der Grinten, De inschakeling van de ondernemingsraad in de besluitvorming bij n.v. en b.v. In: Ondernemingsraad en vennootschap (Kluwer-Deventer 1982), blz. 31.

66 Tweede Kamer 1969-1970, 10 335, nr. 3, blz. 23.

In de rechtspraak is het begrip een aantal malen aan de orde gekomen. Uit een uitspraak van de Ondernemingskamer blijkt, dat de samenwerking duurzaam en van ingrijpende betekenis voor de onderneming moet zijn.⁶⁷

Het besluit van een instelling voor geestelijke gezondheidszorg om mee te werken aan een databank is daarentegen geen besluit tot het aangaan van duurzame samenwerking met een andere onderneming, daar dit besluit geen ingrijpende financiële consequenties heeft en de gevolgen voor de rechtspositie van de werknemers gering zijn.⁶⁸

Ook kunnen overeenkomsten met zelfstandige leveranciers en afnemers met betrekking tot het uitbesteden van werkzaamheden niet als duurzame samenwerking gekwalificeerd worden.⁶⁹ In deze lijn is ook de uitspraak dat het uitbesteden van schoonmaakwerkzaamheden aan een extern bedrijf geen duurzame samenwerking betreft, aangezien er geen gezamenlijke activiteit valt aan te wijzen.⁷⁰

Wèl was er sprake van (het beëindigen van) een duurzame samenwerking in het geval dat een onderneming, werkzaam in het havenbedrijf, zijn deelname aan een 'arbeidspool' wil beëindigen; de duurzaamheid van de samenwerking blijkt uit de strikt geregelde en lange opzegtermijnen die zijn vastgelegd in het reglement van *SHB* die de arbeidspool in stand houdt.⁷¹

SER-Fusiegedragsregels

Een fusie die ontstaat doordat aandeelhouders van twee vennootschappen hun aandelen overdragen aan een derde (nieuw op te richten) vennootschap heeft tot gevolg dat deze laatste vennootschap zeggenschap verwerft, zodat

67 Het betrof een besluit van een ziekenhuis tot samenwerking met twee andere ziekenhuizen in een op te richten stichting, en een overeenkomst tussen deze stichting en de ziekenhuizen om een beleidsplan op te stellen voor de samenwerking in de regio. *SAZOM*, Hof Amsterdam (OK) 5 april 1984, NJ 1985, 515 (noot Maeijer).

68 Hof Amsterdam (OK) 10 september 1981, NJ 1982, 299 (noot Maeijer).

69 Unilever, Hof Amsterdam (OK) 23 november 1989, ROR 1989, 31; SR 1990, blz. 61-62 (commentaar Dorresteijn); overigens was er ook geen sprake van een beëindiging dan wel belangrijke wijziging c.q. inkrimping van de werkzaamheden van de ondernemer (art. 25 lid 1 sub c/d WOR).

70 Campina, Hof Amsterdam (OK) 19 april 1990, NJ 1992, 125; overigens zonder enige motivering heeft de Ondernemingskamer een besluit tot uitbesteding van de helft van in de onderneming verrichte schoonmaakwerkzaamheden wèl aangemerkt als het verrichten van duurzame samenwerking, *Burgerziekenhuis Amsterdam*, Hof Amsterdam (OK) 17 mei 1990, ROR 1990, 10; SR 1990 blz. 227-228 (commentaar Sprengers).

71 *OBA*, Hof Amsterdam (OK) 16 december 1993, NJ 1995, 49; JAR 1994, 14; TVVS 1994, blz. 46-47 (commentaar Rood); SR 1994, blz. 95-96 (commentaar Van het Kaar).

de verplichtingen uit de Code jegens vakorganisaties verbonden aan de beide fuserende vennootschappen nageleefd moeten worden.

Structuurregeling

Indien de besturen van twee vennootschappen een derde vennootschap oprichten opdat deze de aandelen van de twee vennootschappen zal verwerven, is het bestuursbesluit om tot fusie over te gaan onder omstandigheden aan te merken als een besluit tot duurzame samenwerking met een andere ondernemer in de zin van artikel 2:164 lid 1 sub d BW. Zoals ik hierboven al opmerkte, zal de raad van commissarissen ook reeds vanuit zijn algemene taak binnen de vennootschap bij een dergelijke transactie betrokken zijn.

6.2.6 Aandelenfusie door emissie van aandelen

Een aandelenfusie kan plaatsvinden door een emissie van een aandelenpakket groter dan het tot op dat moment geplaatste kapitaal. In principe is de algemene vergadering bevoegd tot uitgifte van aandelen. Met name bij NV's is deze bevoegdheid vaak voor een periode van vijf jaar aan het bestuur gedelegeerd (art. 2:96 lid 1 BW). Mijns inziens is voor een dergelijk besluit dat een aandelenfusie tot gevolg heeft, betrokkenheid van algemene vergadering van aandeelhouders en de raad van commissarissen vereist.⁷²

Indien een emissiebesluit wordt genomen, dat overdracht van zeggenschap tot gevolg heeft, is het mijns inziens te kwalificeren als een adviesplichtig besluit van de ondernemer op grond van artikel 25 lid 1 sub a WOR.

Wanneer aandelenfusie plaatsvindt door emissie van aandelen aan de overnemer, is er sprake van een fusie in de zin van de SER-Fusiegedragsregels.⁷³

Wanneer de emissiebevoegdheid toekomt aan het bestuur van de structuurvennootschap is goedkeuring van de raad van commissarissen vereist op grond van artikel 2:164 lid 1 sub a BW. Aangezien in artikel 2:164 lid 1 BW gesproken wordt van een besluit 'omtrent', is ook het besluit tot het doen van een voorstel tot aandelenemissie (bijvoorbeeld op de algemene

72 Zie hierboven, paragraaf 6.2.5. In het Handboek, nr. 231 stelt Van der Grinten expliciet:

"Onder besturen vallen voorts (...) niet beslissingen die er toe strekken om de vennootschap in een toestand van afhankelijkheid te brengen. Men denke in het bijzonder aan emissie van een beheersend pakket aandelen aan een andere rechtspersoon. Dit is geen daad van bestuur, doch een beschikking over de vennootschap zelf."

73 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 96.

vergadering van aandeelhouders) onderworpen aan goedkeuring van de raad van commissarissen.

6.3 Bedrijfsfusie

6.3.1 Algemeen

Onder bedrijfsfusie wordt de overeenkomst verstaan waarbij een (gedeelte van de) onderneming door degene die de onderneming in stand houdt, wordt overgedragen aan een andere onderneming.⁷⁴ Vermogensbestanddelen worden overgedragen, met het doel om de economische activiteiten over te laten gaan. De bedrijfsfusie wordt ook wel activa/passiva-fusie genoemd. Niet altijd is duidelijk of een overdracht van bedrijfsmiddelen als een fusie te kwalificeren is.⁷⁵ De bevoegdheid tot activa/passiva-transacties komt in principe toe aan de besturen van de fuserende rechtspersonen. Tot de bestuurstaak van rechtspersonen is vervreemding van de gehele onderneming echter niet te rekenen, omdat een dergelijke vervreemding niet binnen het statutaire doel van de vennootschap zal vallen.⁷⁶ In de praktijk zal het bestuur voor een dergelijk besluit de goedkeuring van de algemene vergadering moeten vragen.⁷⁷

6.3.2 Wet op de ondernemingsraden

Aan de zijde van de rechtspersoon waarvan in het kader van een bedrijfsfusie de vermogensbestanddelen worden vervreemd, impliceert deze vervreemding een overdracht van zeggenschap over de onderneming in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR.⁷⁸ Het bestuur is bevoegd tot het overdragen van de verschillende vermogensbestanddelen, maar heeft niet de bevoegdheid de gehele onderneming over te dragen. Bij een dergelijk voornemen is de betrokkenheid van de algemene vergadering vereist.

74 Sanders/Westbroek, blz. 509.

75 In hoofdstuk 7 zal ik de overdracht van een onderdeel van de onderneming bespreken.

76 Vergelijk hierboven paragraaf 6.2.5 en Handboek, nr. 231.

77 Vergelijk Sanders/Westbroek, blz. 511-512.

78 Het is niet altijd gemakkelijk uit te maken of een overdracht van vermogensbestanddelen een bedrijfsfusie inhoudt en dus overdracht van zeggenschap. Voor zover mij bekend heeft de Ondernemingskamer geen uitspraak gedaan over dergelijke transacties.

Aan de zijde van de rechtspersoon die vermogensbestanddelen koopt met het oogmerk eigenaar te worden van een andere onderneming, zijn deze besluiten te kwalificeren als besluiten van de ondernemer gericht op verkrijging van zeggenschap over een andere onderneming (art. 25 lid 1 sub b WOR), zodat advies gevraagd moet worden.

6.3.3 SER-Fusiegedragsregels

Wanneer door middel van een activa/passiva-transactie zeggenschap wordt verkregen, zal de Fusiecode van toepassing kunnen zijn. De vraag of er inderdaad sprake is van het 'verkrijgen van zeggenschap' is niet altijd duidelijk te beantwoorden. De SER-Commissie voor Fusieaangelegenheden heeft regelmatig ter beoordeling voorgelegd gekregen of overdracht van een gedeelte van een bedrijf een fusie in de zin van de Code was.⁷⁹ Zo heeft de Commissie geoordeeld, dat er sprake is van een fusie indien de overdragende partij zodanige rechten overdraagt aan de verkrijger en hem zodanige medewerking verleent, dat de verkrijger daardoor in staat is de plaats van de overdrager op de betrokken markt in te nemen.⁸⁰ Een verkoop van de onderneming of van het in de onderneming uitgeoefende bedrijf of een deel ervan wordt als fusie aangemerkt.⁸¹ Een verkoop en levering van alleen bedrijfsmiddelen of een kantoorpand in verband met een opheffing of een bedrijfsverhuizing is geen fusie omdat dan geen zeggenschap over de onderneming aan een ander wordt overgedragen.⁸²

Een bijzondere wijze van verkoop van de onderneming, is de zogenaamde veilingmethode.⁸³ Deze methode houdt in, dat door of namens de eigenaar

79 Vergelijk het Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 98-101.

80 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 88.

81 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 96, waarbij een uitgebreide toelichting wordt gegeven:

Een dergelijke transactie moet, wil er sprake zijn van fusie, gericht zijn op een voortzetting van dat bedrijf. Overwogen wordt dat bij dergelijke overeenkomsten in de praktijk zowel de betrokken bedrijfsmiddelen en gebouwen als de voorraden, de orderportefeuille en de octrooien worden verkocht, terwijl het personeel geheel of gedeeltelijk in de gelegenheid wordt gesteld, om zijn arbeidsbetrekking voort te zetten in dienst van de koper, terwijl de verkoper zich verbindt de betrokken activiteiten zelf niet meer uit te oefenen.

82 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 96.

83 Deze methode van fusie is overigens niet beperkt tot een bedrijfsfusie, maar kan ook plaatsvinden bij een aandelenfusie. Vergelijk over de veilingmethode: J.W. Winter, Fusie volgens de veilingmethode, TVVS 1991, blz. 187-188.

van een onderneming, gelijktijdig aan meerdere potentiële kopers een uitnodiging wordt gedaan om van hun eventuele belangstelling te doen blijken. Vervolgens worden aan geïnteresseerden summier gegevens over de onderneming verstrekt, met een mogelijkheid dat eventueel binnen afzienbare tijd gedetailleerde gegevens (prospectus) worden verschaft.⁸⁴ Tussen de overgebleven potentiële kopers en de verkoper worden nog enkele stukken (memoranda) uitgewisseld. De verkoper zal vervolgens een aantal kopers selecteren met wie hij het overleg voort wil zetten. Uiteindelijk zal de verkoper een potentiële koper uitkiezen en hem verzoeken een definitief bod te doen. Wanneer dit niet tot overeenstemming leidt, zal de verkoper een definitief en bindend bod doen aan een andere geselecteerde koper. Een verkoop volgens de veilingmethode kan zowel onder artikel 18 als onder artikel 20 van de SER-Fusiecode vallen.⁸⁵ Niet geheel duidelijk is op welk moment er een 'gewettigde verwachting' bestaat, dat overeenstemming kan worden bereikt. De Commissie voor Fusieaangelegenheden merkt hierover op, dat het tijdstip van de gewettigde verwachting in beginsel op de normale wijze moet worden bepaald. Het moment zal meestal aanbreken, wanneer de verkoper de 'geselecteerde potentiële koper' uitnodigt een definitief en bindend bod uit te brengen. Hiernaast acht de Commissie het niet uitgesloten, dat het stadium van gewettigde verwachting reeds aanbreekt, terwijl nog meerdere potentiële kopers betrokken zijn bij het fusieoverleg volgens de veilingmethode, aangezien in dit geval niet ondenkbaar is, dat bij de verkoper en bij meerdere potentiële kopers de verwachting ontstaat dat overeenstemming kan worden bereikt.⁸⁶

6.3.4 Structuurregeling

Het besluit van een structuurvennootschap om in het kader van een bedrijfsfusie haar gehele onderneming over te dragen valt niet binnen de algemene bestuursbevoegdheid, zodat de algemene vergadering hierbij betrokken zal zijn. De raad van commissarissen zal op grond van zijn algemene taak tevens bij deze transactie betrokken zijn.⁸⁷ Daarnaast zal deze transactie veelal aan goedkeuring van de raad van commissarissen op grond van de

84 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 165-166.

85 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 166.

86 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 167; over dit laatste geval merkt Winter, loc.cit. (noot 83), blz. 188 op, dat op deze wijze het criterium gewettigde verwachting wel zeer sterk wordt opgerekt.

87 Zie hierboven, paragraaf 6.2.5.

structuurregeling zijn onderworpen, daar zij gekwalificeerd kan worden als 'het aangaan (...) van duurzame samenwerking (...) met een andere rechtspersoon (...) die van ingrijpende betekenis is voor de vennootschap'.

Aan de zijde van de verkrijger is de overdracht wellicht te kwalificeren als een investering (art. 2:164 lid 1 sub f BW). Er zal niet snel sprake zijn van een investering die goedkeuring behoeft, daar als vereiste wordt gesteld dat een dergelijke investering een bedrag moet vereisen, dat gelijk is aan minimaal een kwart van het geplaatst kapitaal (plus reserves) van de vennootschap; vergelijk par. 6.2.4 hierboven in verband met artikel 2:164 lid 1 sub e BW. Statutair kan dit percentage lager gesteld worden, hetgeen in de praktijk ook regelmatig gebeurt (vergelijk par. 2.4). Wanneer er sprake is van een duurzame samenwerking met de vennootschap van wie de vermogensrechten worden overgenomen, kan goedkeuring van de raad van commissarissen op grond van artikel 2:164 lid 1 aan de orde zijn.

6.4 Juridische fusie

6.4.1 Algemeen

In 1978 werd de derde richtlijn van de EG inzake het vennootschapsrecht vastgesteld, betrekking hebbend op de juridische fusie van naamloze vennootschappen.⁸⁸ Het nationale recht moest aan deze regeling worden aangepast. Dit gebeurde per 1 januari 1984, toen titel 6 (juridische fusie) aan boek 2 BW werd toegevoegd.⁸⁹ De regeling van juridische fusie is ook van toepassing verklaard op besloten vennootschappen. Sinds 1987 bestaat ook voor stichtingen en verenigingen de mogelijkheid van juridische fusie.⁹⁰ Inmiddels is titel 6 vernummerd tot titel 7 en worden de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij apart vermeld.⁹¹

88 PB EG nr. L 295 van 20 oktober 1978, blz. 36; vergelijk over de totstandkoming van de derde richtlijn: Gerard van Solinge, *Grensoverschrijdende juridische fusie* (Kluwer-Deventer 1994), blz. 32-35 en over de totstandkoming van de wettelijke regeling van de juridische fusie in Nederland blz. 48-52.

89 Wet van 19 januari 1983 tot regeling van de fusie van naamloze en besloten vennootschappen, Staatsblad 1983, 59 (behandeld onder kamerstuknummer 16 453); in werking getreden op grond van Koninklijk Besluit van 21 december 1983, Stb. 1983, 664.

90 Vergelijk over juridische fusie bij deze rechtsvormen: M.J.G.C. Raaijmakers, *Rechtspersonen* (Kluwer, losbladig), art. 309, aantekening 4.2.

91 Wet van 21 april 1987, houdend regeling van de fusie van verenigingen en stichtingen, Stb. 1987, 209.

Juridische fusie wordt in artikel 2:309 BW omschreven. Er zijn twee hoofdvormen: fusie door verkrijging van het vermogen van een andere rechtspersoon onder algemene titel en fusie door oprichting van een nieuwe rechtspersoon die het vermogen van de beide verdwijnende rechtspersonen onder algemene titel verkrijgt.⁹²

Een voorstel tot fusie wordt gedaan door de besturen van de te fuseren rechtspersonen (art. 2:312 BW). Het besluit tot fusie wordt genomen door de algemene vergadering; bij stichtingen wordt dit besluit genomen door het orgaan dat tot statutenwijziging bevoegd is (art. 2:317 lid 1 BW). De fusie geschiedt bij notariële akte; de notaris verklaart daarbij dat de vormvoorschriften in acht zijn genomen (art. 2:318 lid 2 BW). Voor de juridische fusie van de NV en BV geldt een aantal bijzondere bepalingen (artt. 2:324-334 BW). Daarin is vastgelegd dat bij een verkrijgende vennootschap het bestuur bevoegd kan zijn tot het nemen van een fusiebesluit (art. 2:331 BW).⁹³

Van juridische fusie wordt, behalve in concernverhoudingen, in de praktijk zeer weinig gebruik gemaakt. Waarschijnlijk omdat bij deze rechtsvormen de aandelenfusie zo goed voldoet.⁹⁴

6.4.2 *Wet op de ondernemingsraden*

Juridische fusie kan plaatsvinden door oprichting van een nieuwe rechtspersoon die het vermogen van twee verdwijnende rechtspersonen onder algemene titel verkrijgt. In dit geval lijkt mij dat de ondernemers van de beide verdwijnende rechtspersonen aan hun ondernemingsraad advies moeten vragen op grond van artikel 25 lid 1 sub a WOR (overdracht van zeggenschap over de onderneming). Daarnaast is het mogelijk dat een al bestaande rechtspersoon onder algemene titel eigenaar wordt van het vermogen van een verdwijnende rechtspersoon. In dit geval draagt de ondernemer van de verdwijnende vennootschap zeggenschap over zijn onderneming over, zodat

92 Uit titel 7 kunnen 6 mogelijke vormen van juridische fusie gedestilleerd worden, vergelijk Van Solinge, op.cit. (noot 88), blz. 53.

93 P.J. Dortmund, *Enige beschouwingen rondom aandelen* (Kluwer-Deventer 1989), blz. 68-69, is van mening dat in het geval dat een juridische fusie plaatsvindt door overname, voor de uitgifte van aandelen aan de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap een afzonderlijk besluit noodzakelijk is; zeer wel denkbaar is dan, dat het fusiebesluit en het besluit tot emissie door verschillende organen worden genomen.

94 Vergelijk hierover de bijdrage van R.W.Th. Norbruis, *Het failliet van de juridische fusie als overnemingsinstrument*, TVVS 1991, blz. 29-34.

deze op grond van artikel 25 lid 1 sub a WOR advies aan de met hem verbonden ondernemingsraad moet vragen. De 'verkrijgende' ondernemer zal de eigenaar worden van de onderneming, omdat zeggenschap wordt verkregen; advies moet door de verkrijger aan zijn ondernemingsraad worden gevraagd op grond van artikel 25 lid 1 sub b WOR.⁹⁵

Een juridische fusie wordt geëntameerd door de besturen van de rechtspersonen die het fusievoorstel opstellen. Mijns inziens moet op het moment dat het fusievoorstel is opgesteld, advies gevraagd worden aan de ondernemingsraad. In artikel 2:314 lid 4 BW is immers vastgelegd, dat wanneer een ondernemingsraad of een vakorganisatie een schriftelijk advies of opmerkingen indient over een (juridische) fusie, dit advies met het fusievoorstel en andere stukken neergelegd moet worden ten kantore van het handelsregister.⁹⁶ Uit de wetsgeschiedenis blijkt, dat bij het schriftelijk advies gedacht is aan een advies van de ondernemingsraad ex artikel 25 lid 4 WOR.⁹⁷ Tijdens de behandeling van het wetsontwerp dat de regeling van de juridische fusie deed uitbreiden naar verenigingen en stichtingen kwam de medezeggenschap van werknemers expliciet aan de orde. In de Memorie van Antwoord werd overwogen, dat indien de ondernemingsraad advies uitbrengt op grond van artikel 25 WOR, dit advies ter inzage moet worden gelegd bij het register. Wanneer de ondernemer een besluit neemt, dat niet in overeenstemming is met het advies van de ondernemingsraad, zal hij binnen de op-

95 Raaijmakers, Rechtspersonen, artikel 314, aantekening 4 sub d, is van mening, dat betwijfeld kan worden of het besluit tot juridische fusie *als zodanig* een adviesplichtig besluit oplevert, als zich niet één van de aangelegenheden van artikel 25 lid 1 c tot en met j voordoen. Hij acht verdedigbaar, dat deze vraag ontkennend beantwoord kan worden indien tussen de fuserende rechtspersonen reeds sprake was van een moeder-dochterverhouding. Wel dient men te nuanceren indien de verdwijnende rechtspersoon (-personen) de structuurregeling toepast (-passen).

Deze redenering kan ik slechts in die zin volgen, dat een juridische fusie mijns inziens meestal als een overdracht c.q. verkrijging van zeggenschap (art. 25 lid 1 sub a, b WOR, door Raaijmakers niet genoemd) gekwalificeerd kan worden. Daarnaast kan zij onder één van de andere adviesplichtige voorgenomen besluiten ex artikel 25 lid 1 WOR te brengen zijn. Naar mijn mening zal de juridische fusie van een moeder- en dochtervennootschap wellicht geen overdracht van zeggenschap inhouden, doch wellicht als een besluit ex artikel 25 lid 1 sub e WOR te kwalificeren zijn.

96 Of eventueel verenigingsregister, want de bepaling geldt niet voor stichtingen, artikel 2:314 lid 6 BW. In de toekomst zal inschrijving ook voor verenigingen waarschijnlijk in het handelsregister plaatsvinden. Zie het wetsontwerp 'Vereenvoudiging van de Handelsregisterwet en wijziging van enige andere wetten (Handelsregisterwet 199.)', Tweede Kamer 1994-1995, 23 970, nrs. 1-2.

97 Bundel NV/BV IXv-Art. 314.

schortingstermijn van een maand de fusie-akte niet kunnen verlijden.⁹⁸ In titel 7 boek 2 BW zijn geen bepalingen opgenomen voor het geval dat de bij de fusie betrokken rechtspersoon zijn verplichtingen op grond van artikel 2:314 lid 4 BW niet tijdig of volledig nakomt.⁹⁹

6.4.3 SER-Fusiegedragsregels

Bij juridische fusie is sprake van een overgang van vermogensrechten die verkrijging van zeggenschap tot gevolg heeft. Zeggenschap wordt ofwel verkregen door de nieuw op te richten rechtspersoon, ofwel door de verkrijgende rechtspersoon. Hoofdstuk II van de Fusiecode is van toepassing. De vakorganisaties moeten ingelicht worden wanneer de besturen van de fusierende rechtspersonen het fusievoorstel hebben opgesteld en voordat het voorstel is gedeponereerd (art. 2:314 BW). Dit is noodzakelijk omdat de vakorganisaties ingelicht moeten worden voordat er sprake is van een openbare mededeling (art. 17 SER-Fusiegedragsregels). De deponering is vanzelfsprekend als zodanig te beschouwen. Bovendien moeten een eventueel advies of opmerkingen van de vakorganisaties op grond van artikel 2:314 lid 4 BW worden neergelegd bij het register waar het fusievoorstel is gedeponereerd.

Gewezen wordt op de beperking die voortvloeit uit artikel 15 lid 3 sub a Fusiecode; de gedragsregels gelden niet, wanneer de bij de fusie betrokken ondernemingen behoren tot één samenstel van ondernemingen. Aangezien de juridische fusievorm veel gebruikt wordt voor rechtspersonen die tot dezelfde groep behoren, zal de Fusiecode bij een juridische fusie vaak niet van toepassing zijn.¹⁰⁰ In de praktijk vindt een samensmelting namelijk vaak plaats door middel van een 'twee-fasenfusie'. Daarbij wordt een aandelenfusie gevolgd door een juridische fusie. In een dergelijk geval zal er meestal geen zeggenschap in de zin van de SER-Fusiegedragsregels verkre-

98 Vergelijk Tweede Kamer 1985-1986, 18 285, nr. 6, blz. 5. In deze MvA wordt ook overwogen, dat wanneer er sprake is van een 'kleine onderneming' waarbinnen de ondernemingsraad opmerkingen maakt op grond van art. 35b WOR, deze niet neergelegd hoeven te worden op de in art. 2:314 lid 4 BW voorgeschreven wijze (Tweede Kamer 1985-1986, 18 285, nr. 6, blz. 5).

99 Raaijmakers, Rechtspersonen, artikel 314, aantekening 4, sub b; het lijkt mij verdedigbaar, dat in het geval een betrokken rechtspersoon zijn verplichtingen in het geheel niet nakomt, de notaris ex artikel 2:318 lid 2 BW niet kan verklaren dat dat de vormvoorschriften zijn nageleefd.

100 Sanders/Westbroek, blz. 522.

gen worden, omdat de fuserende rechtspersonen al behoren tot het 'samenstel van ondernemingen', artikel 15 lid 3 sub a Fusiecode.¹⁰¹

6.4.4 Structuurregeling

Voor juridische fusie is in titel 7 Boek 2 een goedkeuringsbevoegdheid van de raden van commissarissen van de fuserende vennootschappen neergelegd. Op grond van artikel 2:326 lid 2 BW moet het fusievoorstel goedgekeurd zijn door de raad van commissarissen en door de commissarissen ondertekend zijn. Deze goedkeuringsbevoegdheid geldt zowel binnen gewone- als structuurvennootschappen.

Voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen geldt deze bepaling niet. Wellicht kan men verdedigen dat goedkeuring vereist is voor het opstellen van het fusievoorstel of het deponeren bij het register.¹⁰²

6.5 Onvriendelijke overname

6.5.1 Algemeen

Bij de bespreking van de verschillende fusievormen is er tot op heden vanuit gegaan, dat een fusie in harmonie verloopt. Specifieke problemen doen zich echter voor als een vennootschap een andere vennootschap (*target* of doelwitvennootschap) tracht over te nemen tegen diens wens. Van een onvriendelijke overname is sprake wanneer het bestuur van de doelwitvennootschap niet met de overname instemt. Men ziet onvriendelijke overnames niet bij juridische en bedrijfsfusie, omdat daar overeenstemming tussen de fuserende partners essentieel is.¹⁰³

Onvriendelijke overnames kunnen, ruwweg gesteld, plaatsvinden door een openbaar of onderhands bod, of door het geleidelijk opkopen van aandelen ter beurze. Deze laatste methode is door de inwerkingtreding van de Wet

101 Raaijmakers, Rechtspersonen, artikel 314, aantekening 4 sub c.

102 R.C.J. Galle, De coöperatie (Tjeenk Willink-Zwolle 1993), blz. 278 (noot 13) geeft zonder nadere motivering aan dat bij structuurcoöperaties de RvC betrokken zal zijn.

103 Vergelijk over de juridische fusie als middel tot overname: Norbruis, loc.cit. (noot 94). In deze bijdrage wordt een aantal suggesties gedaan om de aantrekkelijkheid van de juridische fusie als middel om tot een overname te komen, te vergroten.

Melding Zeggenschap (WMZ)¹⁰⁴ ernstig ingeperkt. Deze wet vergroot de transparantie van de effectenmarkt¹⁰⁵, zodat het aankopen van aandelen ter beurze, waardoor men geleidelijk zeggenschap verwerft in een NV, niet langer 'sluipend' kan plaatsvinden.¹⁰⁶ Een openbaar bod wordt aan de aandeelhouders van de doelwit-vennootschap uitgebracht, zonder dat de aanvaarding van het bod wordt aanbevolen door het bestuur of de commissarissen van de 'over te nemen' vennootschap.¹⁰⁷ Het aantal (onvriendelijke) overnames en pogingen hiertoe is het laatste decennium in Nederland, maar ook in de rest van Europa toegenomen.¹⁰⁸

De wenselijkheid van de voorgenomen overname hangt nauw samen met het belang van de vennootschap, in het bijzonder de continuïteit van de onderneming en de belangen van aandeelhouders en werknemers.¹⁰⁹ Tegen onvriendelijke overnames trachten vennootschappen zich te wapenen door middel van beschermingsconstructies. Beschermingsconstructies hebben het doel om in geval van een overval het bestuur onder toezicht van de raad van commissarissen in staat te stellen om het belang van de vennootschap (en de met haar verbonden onderneming) en alle daarbij betrokkenen zorgvuldig af te wegen.¹¹⁰ Beschermingsconstructies hebben een preventieve werking;

104 Stb. 1991, 748. In werking getreden op 1 februari 1992. Met deze wet wordt uitvoering gegeven aan de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende de informatie die moet worden gepubliceerd bij de verkrijging of overdracht van een belangrijke deelneming in een beursgenoteerde vennootschap, PB EG nr. L 348 van 12 december 1988, blz. 62; Vergelijk over deze wet: H.M. Vletter-van Dort, Meldingsplicht voor beursvennootschappen (Kluwer-Deventer 1994) waarbij met name hoofdstuk 4 voor het Nederlandse recht van belang is.

105 Vergelijk voor een gedetailleerde bespreking van de wet: S. Perrick, De Wet melding zeggenschap is in werking getreden, TVVS 1992, blz. 35-40 en het hiervoor genoemde onderzoek van Vletter-van Dort (op.cit. noot 104).

106 M.J.G.C. Raaijmakers, Regelingen met betrekking tot openbare biedingen. In: De toekomst van de fusiegedragregels (Tjeenk Willink-Zwolle 1992), blz. 56.

107 C.A.E. Uniken Venema, Beschouwingen betreffende de 'Code-Procedure'. In: de toekomst van de fusiegedragregels (Tjeenk Willink-Zwolle 1992), blz. 175.

108 Verwezen wordt daarvoor naar de volgende literatuur: Leon Brittan, Acquisitions and mergers in the European Communities, NV 67 (1989), blz. 247-250; F.A. Maljers, Overnames: Waarom, wanneer, hoe?, NV 67 (1989), blz. 251-255; P. Korteweg, Overnames en de professionele belegger, NV 67 (1989), blz. 256-263; Klaus J. Hopt, Übernahmeangebote im europäischen Recht, in: Festschrift für Fritz Rittner (Beck-München 1991), blz. 187-209.

109 Vergelijk R.P. Voogd, Statutaire beschermingsmiddelen bij beursvennootschappen (Kluwer-Deventer 1989), Hoofdstuk II.

110 Asser-Maeijer 2 III, nr. 411.

potentiële overnemers worden ontmoedigd in hun streven tot overname. Twee in de praktijk veel gebruikte beschermingsconstructies, certificering van aandelen en de uitgifte van (preferente) aandelen, worden hieronder in hoofdstuk 8 nader besproken. Er zijn geen wettelijke bepalingen of voorschriften van bijvoorbeeld de beurs, die onvriendelijke overnames verbieden.

In deze paragraaf wordt met name onderzocht in hoeverre werknemersvertegenwoordigers verbonden aan een onderneming die met overname wordt bedreigd, mogelijkheden hebben om de invloed uit te oefenen op de overname. De medezeggenschap van werknemers is om verschillende redenen problematisch. Aan de zijde van de vennootschap die wordt overgenomen, omdat het bestuur van deze vennootschap veelal niet in de overname betrokken is. De informatie over de overname zal aan deze target-zijde dus betrekkelijk gering zijn. Aan de zijde van de ondernemer die een andere vennootschap wil overnemen, wil men voorkomen dat de overnameplannen uitlekken, en wordt dus minimaal geheimhouding van de overnameplannen geëist; daarnaast is de informatie die over de gevolgen van de overname verstrekt kan worden veelal gering, daar het bestuur van de over te nemen rechtspersoon niet meewerkt, en dus ook geen informatie verstrekt.¹¹¹ Naast deze factoren is snel handelen noodzakelijk, zodat zowel de tijd ontbreekt om werknemersvertegenwoordigers te raadplegen en te informeren en, indien een dergelijke raadpleging wel plaatsvindt, deze vertegenwoordigers nauwelijks de mogelijkheid hebben zich een oordeel te vormen over de merites van de overname.

6.5.2 Wet op de ondernemingsraden

Allereerst zal ik hier de zijde van de vennootschap die wordt overgenomen (doelwitvennootschap) behandelen. Ik richt mij op een onvriendelijke overname die plaatsvindt door een openbaar bod.¹¹² Wanneer op de aandelen van een vennootschap een openbaar bod wordt uitgebracht, zal door de aandeelhouders van de vennootschap op dit bod gereageerd worden. Door het bestuur van de vennootschap zal niet aan het bod worden meegewerkt, zodat er naar alle waarschijnlijkheid geen ruimte zal zijn om het besluit van de

111 J.M.C.G. Bloemarts, *Onvriendelijke overnemingen; de positie van vakbeweging en ondernemingsraad*, NV 66 (1988), blz. 55.

112 Wanneer er sprake is van een ondershands bod is betrokkenheid van het bestuur naar verwacht mag worden afwezig, zodat toerekening van de besluiten van de aandeelhouders aan het bestuur problematisch zal zijn, zodat voor een adviesrecht van de ondernemingsraad geen grond bestaat.

aandeelhouders om op het bod in te gaan toe te rekenen aan de ondernemer. Wanneer er geen grond is voor toerekening zal er geen sprake kunnen zijn van een adviesplichtig besluit in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR. Het is denkbaar, dat het bestuur van de doelwitvennootschap verzet pleegt tegen het onvriendelijke bod door het uitlokken van een concurrerend bod; ten aanzien van dit concurrerend bod kan wel een adviesrecht van de ondernemingsraad bestaan.¹¹³

Omdat de medezeggenschapspositie van de ondernemingsraad verbonden aan de doelwitvennootschap in geval van een openbaar bod slecht is, stelt Bloemarts voor de WOR in die zin te wijzigen, dat de ondernemer zijn ondernemingsraad steeds moet raadplegen over het standpunt dat hij met betrekking tot het overnamebod inneemt.¹¹⁴ Dit voorstel lijkt mij niet zinvol; de visie van het bestuur kan informatief zijn voor de ondernemingsraad, maar de aandeelhouders blijven degenen die zelf kunnen bepalen hun aandelen al dan niet over te dragen. Maeijer merkt dan ook op, dat de effecten van een dergelijk adviesrecht (ook in een eventuele beroepszaak) gering zijn.¹¹⁵ Daarnaast blijft natuurlijk het praktische bezwaar aanwezig, dat nu juist bij een openbaar bod in een overnamesituatie het behalve door de tijdsdruk ook door een gebrek aan informatie, zeer moeilijk blijft op verantwoorde wijze een advies uit te brengen.

De vennootschap die een openbaar bod op aandelen van een andere vennootschap uitbrengt, wenst, in termen van de WOR, zeggenschap over een andere ondernemer te verkrijgen, zodat er sprake is van het 'vestigen (...) van de zeggenschap (...) over een andere onderneming' (art. 25 lid 1 sub b WOR). De overnemende ondernemer is gehouden voordat hij het openbaar bod uitbrengt over het besluit hiertoe advies te vragen aan de aan hem verbonden ondernemingsraad.¹¹⁶ Aangezien er een grote kans is dat de onder-

113 Bloemarts, loc.cit. (noot 111), blz. 55 merkt terecht op dat, aangezien het concurrerend bod zeer snel uitgebracht zal moeten worden, de ondernemingsraad zich in een buitengewoon moeilijke positie bevindt, daar hij zich nauwelijks een oordeel kan vormen over de merites van het bod.

114 Bloemarts, loc.cit. (noot 111), blz. 59.

115 J.M.M. Maeijer, Medezeggenschap in concernverhoudingen, NV 67 (1989), blz. 119-120.

116 C.A. Boukema, Inschakeling van vakorganisaties en ondernemingsraad bij fusies: samenloop van de SER-Fusiecode en de Wet op de ondernemingsraden, in: Fusies en overnames (Academic Service-Schoonhoven 1992), blz. 189; Bloemarts, loc.cit. (noot 111), blz. 55.

nemer niet wenst dat grote ruchtbaarheid aan zijn plan tot overname wordt gegeven, zal hij veelal geheimhouding van de ondernemingsraad eisen.

6.5.3 SER-Fusiegedragsregels

De SER-Fusiecode geeft in Hoofdstuk II specifieke gedragsregels in geval van een openbaar en ondershands bod, in het geval dat er geen fusiebesprekingen zijn gevoerd, dan wel deze fusiebesprekingen niet tot overeenstemming tussen de bieder en het bestuur van de doelwit-NV hebben geleid.¹¹⁷ Van deze situatie zal ingeval van een onvriendelijke overname in het algemeen sprake zijn. Artikel 20 SER-Fusiegedragsregels bepaalt, dat een overnemer die van plan is een bod uit te brengen ter verwezenlijking van een fusie, de vakorganisaties dient in te lichten over dit voornemen en, op gelijke wijze als in artikel 18 leden 3-5 Fusiecode, de vakorganisaties dient te informeren en overleg met hen te plegen. In artikel 20 lid 4 is de geheimhoudingsplicht (art. 18 lid 2 SER-Fusiegedragsregels) van overeenkomstige toepassing verklaard. Geheimhouding blijkt door de SER-Fusiecommissie als één van de voorwaarden voor het goed functioneren van de Code gezien te worden.¹¹⁸ In principe is alleen de kennisgeving aan geheimhouding onderworpen, tenzij schriftelijk het tegendeel is medegedeeld. Voor de overige gegevens (art. 18 lid 3-5 SER-Fusiegedragsregels) geldt geheimhoudingsplicht alleen als deze is verzocht en door de vakorganisaties aanvaard. Met name bij onvriendelijke overnames wordt vaak om geheimhouding verzocht. Op grond van artikel 20 lid 2 Fusiecode is de bieder verplicht het bestuur van de target minimaal 15 dagen voor het moment waarop hij het bod wil uitbrengen (schriftelijk) in te lichten. Dit laatste bestuur is vervolgens gehouden de vakorganisaties van het openbaar bod in kennis te stellen (art. 20 lid 3). Ook het bestuur van de doelwitvennootschap dient vervolgens ten aanzien van de vakorganisaties de bepalingen uit artikel 18 leden 3-5 SER-Fusiecode in acht te nemen (art. 20 lid 3). Bloemarts merkt op, dat men van het overleg tussen het bestuur van de target en de vakorganisaties niet al te hooggespannen verwachtingen moet hebben. Dit bestuur is immers tegenstander van de fusie, en zal dus niet buitengewoon mededeelzaam zijn over

117 Uniken Venema merkt op in de 'Herziening van de Fusiecode', blz. 181, noot 4, dat de kop van art. 20 van de Fusiecode zeer misleidend is. Er zijn fusies die tot stand komen door het uitbrengen van een openbaar bod, dat wordt voorafgegaan door fusiebesprekingen waarin een gewettigde verwachting is ontstaan. In een dergelijk geval is niet artikel 20 maar artikel 18 van de Fusiecode van toepassing.

118 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 178.

eventuele maatregelen die het zal nemen om de overname af te wenden.¹¹⁹ Door Bloemarts wordt voorgesteld, om het overnamebod alleen toe te staan met instemming van het bestuur van de over te nemen vennootschap.¹²⁰ Aangezien hij de haalbaarheid van zijn voorstel terecht niet groot acht, oppert Bloemarts de SER-Fusiecode in die zin te wijzigen dat een ruimere termijn in acht wordt genomen voordat een bod mag worden uitgebracht; binnen deze termijn kan dan verantwoording aan vakorganisaties en overleg met de ondernemingsraad plaatsvinden.¹²¹

Wanneer een openbaar bod wordt uitgebracht, dient de overnemer jegens de doelwitvennootschap tevens de bepalingen uit Hoofdstuk I van de Fusiecode (gedragsregels ter bescherming van de belangen van aandeelhouders) na te leven. In artikel 4 SER-Fusiegedragsregels zijn voorschriften opgenomen waaraan het bestuur van de overnemende NV zich moet houden ten opzichte van het bestuur van de doelwitvennootschap. Zo moet aan dit laatste bestuur worden medegedeeld wat de ruilverhouding of de prijs van het bod is; hiernaast wordt het bestuur van de target uitgenodigd voor een overleg over het uit te brengen openbaar bod (artikel 4 lid 2 Fusiecode). In dit overleg komen de motieven voor het bod, de beleidsvoornemens voor de periode erna, en de wijze van financiering van het bod (in geval een prijs is vermeld) aan de orde. Uniken Venema constateert, dat de mededelingen die het bestuur van de doelwit-vennootschap aan de aan hem verbonden vakorganisaties moet doen, veelal informatie inhouden die in het op grond van artikel 4 Fusiecode gevoerde overleg zijn verkregen. Hoewel de beide Hoofdstukken van de Code gescheiden zijn, wordt artikel 20 Fusiecode door artikel 4 van de Code 'ondersteund'. Het bestuur van de target is niet verplicht de uitnodiging tot het te voeren overleg ex artikel 4 Fusiecode te aanvaarden. Omdat aanvaarding van de invitatie tot overleg in het belang van de werknemersvertegenwoordigers is, moet deze niet al te gemakkelijk afgewezen worden.¹²² Aangezien met name bij de doelwitvennootschap de informatiepositie van werknemersvertegenwoordigers slecht is bij een onvriendelijke overname, onderschrijf ik deze visie.¹²³

119 Bloemarts, loc.cit. (noot 111), blz. 56; Zie ook Handboek, nr. 402.

120 Bloemarts, loc.cit. (noot 111), blz. 59.

121 Bloemarts, loc.cit. (noot 111), blz. 60.

122 Uniken Venema, Beschouwingen rondom de 'Code-Procedure', loc.cit. (noot 107), blz. 178-179; Zie ook het Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 230-232.

123 Door M.W. den Boogert, Beursovername en beschermingsconstructies, in: Aandelen (Kluwer-Deventer 1988), blz. 55, is voorgesteld om in de Fusiegedragsregels aanvullende procedureregels vast te leggen om te bewerkstelligen dat de betrokken besturen ge-

Uit een uitspraak van de Commissie voor Fusieaangelegenheden blijkt, dat artikel 20 Fusiegedragsregels ook van toepassing is, indien een bod door een buitenlandse bieder wordt uitgebracht.¹²⁴

Een onvriendelijke overname kan ook plaatsvinden door middel van een *onderhands bod*. Wanneer door een bod op de aandelen van één of meer de aspirant-overnemer bekende aandeelhouders zeggenschap in de zin van de Fusiecode wordt verkregen, dient artikel 20 SER-Fusiegedragsregels in acht genomen te worden. Wellicht is dat ook het geval wanneer er een onderhands bod wordt gedaan, dat kan leiden tot koop en verkoop van de onderneming. Uniken Venema acht dit verdedigbaar; hij wijst hierbij op het feit, dat door de Commissie voor Fusieaangelegenheden is aangenomen dat artikel 20 Fusiecode van toepassing is op het geval dat er een fusie plaatsvindt volgens de 'veilingmethode'.¹²⁵ Het is ook mogelijk dat een aspirant-overnemer geleidelijk aandelen ter beurse opkoopt, om op deze wijze beslissende zeggenschap in een NV te verkrijgen. Door de Commissie voor Fusieaangelegenheden is besloten, dat in een dergelijk geval de SER-Fusiegedragsregels niet van toepassing zijn. Hoewel deze transactie als een fusie gekwalificeerd kan worden, kunnen de Fusiegedragsregels in hun huidige vorm geen oplossing bieden, daar deze zich richten op fusies die tot stand komen door overeenstemming via fusiebesprekingen of openbaar/onderhands bod.¹²⁶

6.5.4 Structuurregeling

Indien het bestuur van een vennootschap een openbaar of ondershands bod doet op aandelen van een andere vennootschap zal het besluit hiertoe naar alle waarschijnlijkheid gekwalificeerd kunnen worden als het 'aangaan (...) van duurzame samenwerking van de vennootschap (...) met een andere

ruime tijd met elkaar in gesprek kunnen zijn, zodat vervolgens ook meer tijdsruimte ontstaat voor uitoefening van medezeggenschapsrechten (zie over dit punt Bloemarts, loc.cit. noot 111, blz. 59-60). Deze suggestie lijkt door Maeijer onderschreven te worden, zie het verslag van de discussie in de bundel 'Aandelen', blz. 112.

124 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 232.

125 Uniken Venema, Beschouwingen rondom de 'Code-Procedure' loc.cit. (noot 107), blz. 179-180. Vergelijk over de veilingmethode paragraaf 6.3.3.

126 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 109-110; anders ligt het geval, dat er door een overnemer geleidelijk aandelen zijn opgekocht, die vervolgens aan een derde worden doorverkocht.

rechtspersoon (...)’ (art. 2:164 lid 1 sub d BW) of als het nemen van een deelneming (art. 2:164 lid 1 sub e BW). Zoals in paragraaf 6.2.4 al aan de orde kwam, is het in het eerste geval van belang dat de samenwerking van ingrijpende betekenis is voor de structuurvennootschap; dat zal waarschijnlijk niet het geval zijn als een kleine vennootschap wordt overgenomen. Het bestuursbesluit tot het nemen van een deelneming is pas aan goedkeuring onderworpen indien de deelneming een kwart van het geplaatste kapitaal van de (overnemende) structuurvennootschap betreft; statutair kan dit percentage lager worden gesteld (zie par. 2.4).

Aan de zijde van de doelwitvennootschap is een goedkeuringsrecht slechts aanwezig, als het bestuur van de (structuur)vennootschap die wordt overgenomen hierin een besluit tot samenwerking neemt. Juist door de ‘onvriendelijkheid’ van de overname, is een dergelijk besluit niet goed denkbaar. Misschien doet zich het uitzonderlijke geval voor, dat er tussen twee vennootschappen een samenwerking plaatsvindt, en één van de vennootschappen overgaat tot overname van de ander. Wanneer deze laatste zich hiertegen verzet, is een besluit hiertoe te kwalificeren als een besluit tot het beëindigen van een duurzame samenwerking (art. 2:164 lid 1 sub d BW).¹²⁷

Overigens mag aangenomen worden, dat het bestuur een besluit zal nemen over de wijze waarop het zal reageren op het tegen haar gerichte onvriendelijke bod. Mijns inziens zal over de wijze waarop men op het bod reageert altijd de raad van commissarissen geraadpleegd moeten worden.¹²⁸

6.6 Geen fusie, wèl samenwerking

6.6.1 Algemeen

Hierboven zijn de verschillende medezeggenschapsrechten behandeld die werknemers(vertegenwoordigers) bij één van de drie fusievormen kunnen hebben. Fusie is de meest nauwe vorm van samenwerking tussen ondernemingen; daarnaast zijn er ook andere, minder hechte, vormen van samenwerking denkbaar die niet als fusie kunnen worden gekwalificeerd waarbij invloedsuitoefening door werknemers(vertegenwoordigers) mogelijk is. Hieronder zal ik mij achtereenvolgens richten op de joint venture, de stem-

127 Een analogie wordt hier getrokken met een door Uniken Venema gegeven voorbeeld met betrekking tot de WOR; Uniken Venema, loc.cit. (noot 50), blz. 378.

128 Zie paragraaf 6.2.5 hierboven.

overeenkomst en volmachtverlening. Tenslotte behandel ik de bestuurs- en beheersovereenkomst.

6.6.2 Joint venture

Algemeen

Van de *joint venture* zijn in de literatuur verschillende omschrijvingen te vinden.¹²⁹ In navolging van Raaijmakers hanteer ik de volgende definitie willen:

"Een (contractuele) joint venture is een overeenkomst van samenwerking tussen twee of meer ondernemingen die ieder als zodanig buiten het terrein waarop zij samenwerken ten opzichte van elkaar juridisch en economisch zelfstandig en onafhankelijk blijven, strekkende tot de gezamenlijke uitoefening van bedrijfsactiviteiten met de middelen en/of goederen die daartoe worden bijeen gebracht met het oogmerk het daaruit onstane voordeel onder elkaar te verdelen. Die samenwerking kan een duurzaam karakter hebben (onbepaalde tijd), doch ook aangegaan worden voor een beperkte tijd of voor een bepaald project. In de samenwerkingsovereenkomst kunnen partners met elkaar ook afspraken maken omtrent door ieder van hen voor gemene rekening ten behoeve van de samenwerking te leveren goederen en diensten."¹³⁰

Ook in boek 2 BW komt een omschrijving van het begrip joint venture voor, al wordt deze term niet gebruikt: vergelijk artikel 2:153 lid 3 sub d BW¹³¹ waar wordt gesproken van 'een vennootschap waarin voor ten minste de helft van het geplaatste kapitaal volgens een onderlinge regeling tot samenwerking wordt deelgenomen door twee of meer rechtspersonen (...)'.¹³² Een joint venture wordt tot stand gebracht doordat de partners (of vennootschappen) die willen samenwerken een rechtspersoon oprichten

129 Vergelijk Slagter, *Compendium*, § 129, blz. 432-437; M.J.G.C. Raaijmakers, *Joint ventures* (Kluwer-Deventer 1976), blz. 52; M.J.G.C. Raaijmakers, *Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over joint ventures* (Preadvies voor de Nederlandse vereniging voor Rechtsvergelijking nr. 46, Kluwer-Deventer 1992), blz. 14. Zie ook: B.R. Griede/B.C.P. van Koppen, *Joint ventures* (Tjeenk Willink-Zwolle 1992), blz. 16.

130 Raaijmakers, *Preadvies*, loc.cit. (noot 129), blz. 14.

131 Tevens in artikel 2:155 lid 1 sub c BW; zie ook artikel 2:265 lid 1 sub b en c BW. Zie in het jaarrekeningrecht artikel 2:409 sub a BW (opname in de geconsolideerde jaarrekening).

132 Raaijmakers, *Joint ventures*, op.cit. (noot 129), blz. 50, geeft aan (zie noot 5 aldaar) dat de term joint venture in de MvT bij de structuurwet wel werd gebruikt; zie ook Asser-Maeijer 2 III, nr. 393.

waarin de samenwerking gestalte krijgt en daarnaast een samenwerkings-overeenkomst¹³³ sluiten, de joint venture-overeenkomst. Een joint venture kan zowel de rechtsvorm hebben van een personen- of een kapitaalvennootschap als coöperatie.¹³⁴ Indien een kapitaalvennootschap wordt opgericht, zullen de samenwerkende ondernemingen daarin aandelen gaan houden. Vaak gebeurt dat in een 50%/50% -verhouding, andere constellaties zijn ook mogelijk. In het algemeen zal een joint venture aangegaan worden door de besturen van de rechtspersonen die samenwerking beogen. Onder omstandigheden kan medewerking van een ander vennootschapsorgaan, met name de algemene vergadering, vereist zijn.¹³⁵

Medezeggenschap

Op grond van artikel 25 lid 1 sub b WOR is een voorgenomen besluit van de ondernemer tot het aangaan van duurzame samenwerking met een andere onderneming aan advies van de ondernemingsraad onderworpen. Het besluit een joint venture met een andere ondernemer aan te gaan, is naar alle waarschijnlijkheid als zodanig te beschouwen.¹³⁶ Ik merk op, dat voor een adviesrecht van de ondernemingsraad wederom de begrippen ondernemer en onderneming aan elkaar gelijkgesteld moeten worden (vergelijk par. 6.2.2); de samenwerking van de beide rechtspersonen (ondernemers in de zin van de WOR) zal veelal een samenwerking van de met hen verbonden ondernemingen ten gevolge hebben. Het bestuur van de rechtspersoon zal over het algemeen degene zijn die het aangaan van een joint venture initieert. Soms is goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders vereist (zie par. 6.2.5). Aangezien er ook onder deze omstandigheden sprake is van een besluit van de ondernemer, zal een voornemen tot het oprichten van een joint venture ter advisering aan de ondernemingsraad voorgelegd moeten worden.

133 Zie M.W. den Boogert, Aandeelhouderscontracten en joint venture-BV's, in: Ondernemingsrechtelijke contracten (Kluwer-Deventer 1991), blz. 71-79.

134 Slagter, Compendium, blz. 432.

135 Evenals hierboven ter sprake kwam, is het niet altijd duidelijk of het bestuur van een rechtspersoon de bevoegdheid heeft om een concentratie aan te gaan, daar een dergelijke handeling op gespannen voet kan komen te staan met de doelomschrijving. Vergelijk Raaijmakers, Joint ventures, op.cit. (noot 129), Hoofdstuk 4, blz. 153-168.

136 Door Raaijmakers (op.cit. noot 129, blz. 228-230) wordt aandacht besteed aan de specifieke problemen die zich kunnen voordoen in concernverhoudingen. De vraag doet zich dan voor welke van de ondernemingsraden ex artikel 35 WOR bevoegd is. Deze vraag wil ik hier verder onbehandeld laten, onder verwijzing naar hetgeen over de WOR in concernverhoudingen in hoofdstuk 1 is opgemerkt.

Voor toepasselijkheid van de SER-Fusiegedragsregels is verkrijging van zeggenschap vereist over de activiteiten van de onderneming, waarbij de verkrijging van zeggenschap zich in de vermogensrechtelijke sfeer dient te voltrekken. Wij zagen reeds, dat zeggenschap al wordt verkregen bij een deelname van 50% van de aandelen. Raaijmakers is van mening dat in ieder geval een 50%/50%-joint venture een fusie in de zin van de Code inhoudt.¹³⁷

De Commissie voor Fusieaangelegenheden heeft zich enkele malen uitgesproken over joint venture-verhoudingen. Daaruit is af te leiden, dat wanneer aandelen in een NV/BV worden verworven krachtens onderlinge regeling tot samenwerking er sprake kan zijn van een fusie in de zin van de Code. Een dergelijk geval doet zich voor wanneer aandelen van een NV of BV voor ten minste 50% worden onderworpen aan een joint venture-regeling. Er is dan sprake van een gezamenlijke verkrijging van zeggenschap met betrekking tot de betrokken onderneming.¹³⁸ Indien een nieuwe joint venture wordt opgericht, waarin de joint venture-partners een gedeelte van de ondernemingsactiviteiten inbrengen die zij tevoren reeds zelfstandig en onafhankelijk uitoefenden, is er in principe sprake van een fusie in de zin van de Code. Hierop bestaat uitzondering, wanneer de joint venture-onderneming met de joint venture-partner een 'samenstel van ondernemingen' in de zin van artikel 14 lid 1 Fusiecode gaat vormen.¹³⁹ Van een fusie in de zin van de Code blijkt geen sprake, wanneer een nieuwe rechtspersoon wordt opgericht die nieuwe ondernemingsactiviteiten moet gaan opstarten.¹⁴⁰

Op grond van de structuurregeling is een besluit van het bestuur omtrent het aangaan van een duurzame samenwerking met een andere rechtspersoon onderworpen aan een goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen, zo zagen wij hierboven al meerdere malen (art. 2:63j/164 lid 1 sub d BW). De samenwerking moet van ingrijpende betekenis zijn voor de structuurvennootschap.¹⁴¹ Het aangaan van een joint venture kan statutenwijziging bij de oprichtende rechtspersonen vereisen; in het geval dat het bestuur dit entameert, is goedkeuring vereist op grond van artikel 2:63j/164 lid 1 sub g BW. Ook is het mogelijk, dat het aangaan van een joint venture als een investering (art. 2:63j/164 lid 1 sub f BW) wordt gekwalificeerd. Goedkeu-

137 Raaijmakers, Joint ventures, op.cit. (noot 129), blz. 220.

138 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 105.

139 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 105.

140 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 105.

141 Raaijmakers, Joint ventures, op.cit. (noot 129), blz. 166, geeft aan dat hieraan veelal zal zijn voldaan.

ring van de raad van commissarissen zal dus op één van bovenstaande gronden verkregen dienen te worden.

6.6.3 Stemovereenkomst en volmachtverlening

Stemovereenkomst

Aandeelhouders kunnen onderling stemovereenkomsten sluiten. Via een dergelijke overeenkomst verplichten zij zich in voorkomende gevallen op een bepaalde manier te stemmen. Drie categorieën stemovereenkomsten kunnen worden onderscheiden; de overeenkomst tot regeling van een 50-50 positie, de voorvergaderovereenkomst en de overeenkomst met een derde om te stemmen volgens diens instructies.¹⁴² Met name de laatste categorie stemovereenkomsten kan feitelijk een zeggenschapsoverdracht tot gevolg hebben. De rechtsgeldigheid van stemovereenkomsten is niet vanzelfsprekend; een aantal vormen is niettemin in de rechtspraak geldig geacht.¹⁴³ De grens ligt daar, waar de stemovereenkomst naar maatschappelijke verhoudingen onbetamelijke gevolgen heeft.¹⁴⁴ Van Schilfgaarde acht een stemovereenkomst ongeldig, die de stemmen op zodanige wijze bindt dat aan de betrokkenen iedere mogelijkheid tot zelfstandige belangenafweging op grond van ter vergadering of daarvóór te verkrijgen informatie wordt ontnomen.¹⁴⁵ Als voorbeeld wordt de overeenkomst gegeven die de aandeelhouder verplicht om in de toekomst in een onbepaald aantal gevallen, waarvan de omstandigheden nog niet bekend zijn, op een bepaalde wijze of krachtens de wijze van een ander te stemmen. Permanente stemovereenkomsten, die feitelijk een overdracht van zeggenschap over de vennootschap aan een derde inhouden, vallen hier ook onder. Met Van Schilfgaarde en Maeijer zou ik ze niet rechtsgeldig willen achten.

Wanneer men deze stelling inneemt, komt men niet toe aan de vraag of een dergelijke stemovereenkomst gekwalificeerd kan worden als een overdracht van zeggenschap in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR, waarbij voor een adviesrecht van de ondernemingsraad de overdracht van zeggenschap nog aan de ondernemer toegerekend moet worden.

142 Van Schilfgaarde, BV en NV, nr. 67; Asser-Maeijer 2 III, nr. 286.

143 Van Schilfgaarde, BV en BV, nr. 67; Handboek, nr. 217.1 en Asser-Maeijer 2 III, nr. 287.

144 Wennex, HR 30 juni 1944, NJ 1944, 465.

145 Van Schilfgaarde, BV en NV, nr. 67; vergelijk ook J.M.M. Maeijer, De stemovereenkomst van aandeelhouders, in: *Recht zo die gaat* (Tjeenk Willink-Zwolle 1976), blz. 102 en Th.C.M. Hendriks-Jansen, *Stemovereenkomsten*, NV 80 (1982), blz. 9.

Een stemovereenkomst kan geen fusie in de zin van de Fusiecode opleveren, daar deze immers vereist dat de zeggenschap overgaat door een in de vermogenssfeer liggende transactie.

Het aangaan van een stemovereenkomst zal mijns inziens niet snel een bestuursbesluit in de zin van artikel 2:164 lid 1 BW opleveren, zodat van goedkeuring van de raad van commissarissen geen sprake is.

Volmachtverlening

Het is denkbaar dat een (groot)aandeelhouder door middel van een doorlopende volmacht aan een derde feitelijk zeggenschap over de vennootschap overdraagt. Algemeen wordt aangenomen dat een volmacht, ook een onherroepelijke, geen privatieve werking heeft, zodat een aandeelhouder altijd op de algemene vergadering zijn stemrecht kan uitoefenen.¹⁴⁶ Daarnaast kan men zich afvragen voor welke duur een stemvolmacht gegeven kan worden. Een onherroepelijke volmacht mag niet worden gebruikt om op indirecte wijze het stemrecht los van het aandeelhoudersschap over te dragen.¹⁴⁷ Maeijer neemt dan ook het standpunt in, dat een doorlopende blanco volmacht tot uitoefening van vergaderrechten, in het bijzonder het stemrecht, zich niet verder kan uitstrekken dan een algemene vergadering, omdat hij anders in strijd zou komen met de vennootschapsrechtelijke openbare orde.¹⁴⁸ Dit betekent dat een volmachtverlening die een overdracht van zeggenschap in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR tot gevolg heeft niet

146 Handboek nr. 217.1; Sanders/Westbroek, blz. 161 en J.M.M. Maeijer, Vertegenwoordiging en volmacht, in: Problemen rondom de algemene vergadering (Kluwer-Deventer 1994), blz. 69 waar ook de vraag behandeld wordt of deze werking door middel van lastgeving bereikt kan worden. Maeijer beantwoordt deze vraag ontkennend (blz. 70); zie over deze materie ook Macijers reactie naar aanleiding van het artikel van W.G. Huijgen, Economische eigendom van aandelen: het vennootschapsrecht opzij gezet, WPNR 6182 (1995), blz. 337-339. Huijgen heeft in zijn bijdrage betoogd dat het mogelijk is aan een economische eigenaar van aandelen een privatieve last te verlenen (art. 7:423 lid 1 BW) zodat de juridische eigenaar niet langer bevoegd is het stemrecht in de algemene vergadering uit te oefenen. Maeijer bestrijdt deze gedachte; het is een grondregel van het vennootschapsrecht, dat het stemrecht onverbrekkelijk aan het aandeelhoudersschap is verbonden, zodat de lasthebber niet op eigen naam voor rekening van de lasthebber het stemrecht kan uitoefenen, zie nader blz. 338. Zie over privatieve werking in gelijke zin: S. Perrick, De onherroepelijke volmacht in het vennootschapsrecht, in: Kabaal in Holland (Gouda Quint-Arnhem 1993), blz. 89-92 (met name blz. 90).

147 Maeijer, loc.cit. (noot 146), blz. 71.

148 Deze gedachte sluit aan bij de rechtspraak inzake stemovereenkomsten, vergelijk Maeijer, loc.cit (noot 146), blz. 71.

goed denkbaar is.¹⁴⁹ Van een fusie in de zin van de Fusiecode zal, evenals bij stemovereenkomsten, geen sprake kunnen zijn omdat er geen sprake is van een transactie in de vermogenssfeer. Ook lijkt volmachtverlening mij niet onder de opsomming van bestuursbesluiten die aan goedkeuring van de raad van commissarissen onderworpen zijn, te brengen.

6.6.4 Bestuursovereenkomsten

Rond de inrichting van het bestuur van een rechtspersoon zijn verschillende contractuele constructies mogelijk. Van een personele unie wordt gesproken, als eenzelfde persoon of combinatie van personen gelijktijdig meerdere interne en/of externe bestuursfuncties vervult. Zo kunnen twee verschillende vennootschappen eenzelfde bestuur hebben.¹⁵⁰ Bij het aangaan van een dergelijke vorm van samenwerking is medezeggenschap van werknemers op grond van de WOR problematisch omdat het besluit hiertoe niet als een overdracht van zeggenschap, en naar alle waarschijnlijkheid ook niet altijd als een besluit tot het aangaan van duurzame samenwerking met een andere onderneming gekwalificeerd kan worden. Wellicht is sprake van een adviesrecht ex artikel 30 WOR bij de benoeming van deze bestuurders, indien zij tevens bestuurders in de zin van de WOR zijn.¹⁵¹

Van Schilfgaarde wijst op de figuur van de *executive committee*. Hiervan is sprake, wanneer zustermaatschappijen coördinerende taken hebben, en hiertoe een *executive committee* vormen, dat wordt samengesteld uit één of meer bestuurders van de verschillende zustermaatschappijen (en eventuele andere concernfunctionarissen).¹⁵² De vorming van een *executive committee* zal, al naar gelang van de daarin vastgelegde bevoegdheden, gekwalificeerd kunnen worden als een besluit tot duurzame samenwerking met een andere onderneming; uitzondering hierop bestaat indien de samenwerking

149 Wanneer een volmacht voor een algemene vergadering wordt afgegeven, kan dat tot gevolg hebben dat een persoon over een dergelijke hoeveelheid stemrechten beschikt dat hij op dat moment feitelijk zeggenschap over de vennootschap (en de daarmee verbonden onderneming) uitoefent. Mij dunkt dat een dergelijke tijdelijke zeggenschapsoverdracht niet adviesplichtig is; overigens kan men zich ten eerste afvragen of de beslissingen tot volmachtverlening van de individuele aandeelhouders aan de vennootschap toegerekend kunnen worden.

150 H. Luijk, De voor- en nadelen van Personele Unies in het ondernemingsbestuur, TVVS 1986, blz. 40.

151 Luijk, loc.cit. (noot 150), blz. 43.

152 P. van Schilfgaarde, Contractuele structurering van bestuur en toezicht. In: Ondernemingsrechtelijke contracten (Kluwer-Deventer 1991), blz. 16-17.

niet van ingrijpende betekenis is voor de betrokken onderneming(en). Is dat wel het geval, dan is er een adviesrecht van de ondernemingsraad (art. 25 lid 1 sub b) en een goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen (art. 2:164 lid 1 sub d BW).

Ten slotte noem ik nog de management-BV. Hiervan is sprake wanneer de vennootschappelijke bestuurszaak wordt vervuld door een persoonlijke BV.¹⁵³ Omdat er bij deze bestuursovereenkomst geen samenwerking plaatsvindt met een andere onderneming laat ik haar verder onbesproken.

6.6.5 Beheersovereenkomst

In het Nederlandse rechtspersonenrecht is, in tegenstelling tot het Duitse, de beheersovereenkomst niet wettelijk geregeld.¹⁵⁴ Van een beheersovereenkomst is sprake, wanneer het bestuur, als vertegenwoordigend orgaan van de vennootschap, de vennootschap beoogt te verbinden door zich te onderwerpen aan aanwijzingen van een ander.¹⁵⁵ De rechtsgeldigheid van beheersovereenkomsten is in de literatuur omstreden. Honée is van mening dat een beheersovereenkomst wettelijke grondslag mist en derhalve nietig is wegens strijd met de openbare orde en de goede zeden.¹⁵⁶ Ik kan mij voorstellen dat een beheersovereenkomst ongeldig is, indien het bestuur van een rechtspersoon haar autonomie door de overeenkomst volledig verliest.¹⁵⁷ Daar een beheersovereenkomst de toedeling van de bestuursbevoegdheid betreft, ligt de bevoegdheid tot het aangaan van een beheersovereenkomst niet bij het bestuur maar bij de algemene vergadering van aandeelhouders.

153 H.J.M.N. Honée, Managementcontracten. In: Ondernemingsrechtelijke contracten (Kluwer-Deventer 1991), blz. 19.

154 Vergelijk (voor het Duitse recht) § 291 Aktiengesetz.

155 Waarbij de 'ander' zowel de contractspartner alsook een door samenwerkende vennootschappen gevormd gemeenschappelijk college kan zijn, Bartman/Dorresteyn, (op.cit. noot 21), blz. 116.

156 H.J.M.N. Honée, De regeringswaarnemer en de vennootschappelijke organisatie (Tjeenk Willink-Zwolle 1984), blz. 19; deze visie is door hem herhaald in zijn voordracht 'Managementcontracten', opgenomen in Ondernemingsrechtelijke contracten (Kluwer-Deventer 1991), blz. 22-23 en in zijn preadvies van de Nederlandse Vereniging van Ondernemingsrechtadviseurs (Law & Practice-Deventer 1995), blz. 22. In gelijke zin: Asser-Maeijer 2 III, nr. 618. In afwijkende zin: Van der Grinten tijdens zijn reactie op de congresbijdrage van Honée, Ondernemingsrechtelijke contracten, blz. 114 en Bartman/Dorresteyn, op.cit. (noot 21), blz. 118.

157 Vergelijk (in het kader van concernverhoudingen) Asser-Maeijer 2 III, nr. 616.

Wanneer een beheersovereenkomst wordt aangegaan zal er aan de ondernemingsraad een adviesrecht toe kunnen komen op grond van artikel 25 lid 1 a of b WOR.¹⁵⁸ Wanneer een structuurvennootschap een beheersovereenkomst aangaat, zal het besluit hiertoe aan goedkeuring van de raad van commissarissen zijn onderworpen op grond van artikel 2:164 lid 1 sub d BW.¹⁵⁹ Omdat er geen sprake is van een transactie in de vermogenssfeer op grond waarvan zeggenschap wordt overgedragen, zullen de SER-Fusiegedragsregels mijns inziens niet van toepassing zijn.

6.7 Samenloop van medezeggenschapsregelingen bij fusie

Algemeen

Aangezien zowel de ondernemingsraad als vakorganisaties en de raad van commissarissen bij een fusie (medezeggenschaps)rechten hebben, is een samenloop in de uitoefening van medezeggenschapsrechten zeer wel denkbaar.¹⁶⁰

Het toepassingsgebied van de WOR, de Fusiecode en de structuurregeling werd in Deel 1 besproken. Een paar elementen breng ik hier in de herinnering. De WOR en SER-Fusiecode hanteren een sterk gelijkend ondernemingsbegrip; verschil is er echter in die zin dat een onderneming voor toepassing van de Code een bedrijf moet uitoefenen.¹⁶¹ Samenloop met de structuurregeling zal zich vanzelfsprekend slechts voordoen, als de onderneming in stand wordt gehouden door een commerciële rechtspersoon die onder de werking van de structuurregeling valt.

Wanneer er sprake is van een fusie die onder de werking van meerdere regelingen valt, dringt zich onder andere de vraag op, op welk moment de verplichtingen op grond van deze regelingen aanvangen. Wat zijn, om de

158 Bartman/Dorresteyn, op.cit. (noot 21), blz. 118; Van het Kaar, op.cit. (noot 1), blz. 107.

159 Bartman/Dorresteyn, op.cit. (noot 21), blz. 117.

160 Boukema stelt dat er samenloop van rechtsregels is, als er op één rechtsfeit twee of meer regels van eenzelfde rechtsstelsel voor toepassing in aanmerking komen; zie C.A. Boukema, Samenloop (Monografie NBW, Kluwer-Deventer 1992), blz. 1.

161 Dit verschil is te verklaren uit het feit dat de Code slechts regels kan geven voor ondernemingen die in de SER vertegenwoordigd zijn. Het werkingsgebied kan echter worden uitgebreid doordat de Code bij CAO van overeenkomstige toepassing verklaard kan worden, Commentaar Fusiegedragsregels blz. 127 e.v. en par. 3.3.2 hiervoor.

terminologie van Uniken Venema te hanteren, de *tijdsbepalende begrippen*.¹⁶² De WOR spreekt van een *voorgenomen besluit*, de Fusiecode van een *gewettigde verwachting*, en de structuurregeling van een *besluit*. De WOR eist een (voorgenomen) besluit van de ondernemer, terwijl de structuurregeling en de Fusiecode bestuursbesluiten vergen. In de WOR en de structuurregeling zijn geen bepalingen opgenomen voor de regulering van mogelijke samenloop van het adviesrecht en goedkeuringsrecht met andere rechten. De SER-fusiecode bevat een bepaling omtrent de samenloop met de WOR (art. 18 lid 4 sub c Fusiecode).

Samenloop tussen de WOR en de SER-Fusiegedragsregels

Op grond van artikel 18 lid 4 sub c Fusiecode wordt met de vakorganisaties het moment besproken, waarop met de ondernemingsraad het krachtens de WOR vereiste overleg gevoerd zal worden. Op het moment dat de Fusiecode werd opgesteld, was het adviesrecht nog niet in de huidige vorm in de WOR opgenomen.¹⁶³ De WOR van 1971 bevatte in artikel 25 lid 5 een voorschrift dat sterk met artikel 18 lid 4 sub c Fusiegedragsregels overeenkwam; deze bepaling is bij de herziening van de WOR geschrapt.¹⁶⁴

In het Commentaar Fusiegedragsregels wordt opgemerkt, dat het doel van de samenloop-bepaling tweeledig is. Allereerst kan de ondernemingsraad op deze wijze kennis nemen van het standpunt van de vakorganisaties over de fusie. Daarnaast wordt verzekerd dat de vakorganisaties bij een fusie niet buiten spel komen te staan; de vakorganisaties kunnen niet verrast worden door een adviesaanvraag aan de ondernemingsraad.¹⁶⁵ Volgens de tekst van artikel 18 lid 4 sub c SER-Fusiegedragsregels moet met de vakorganisaties besproken worden 'het tijdstip waarop met de ondernemingsraad het krachtens de Wet op de ondernemingsraden vereiste overleg zal worden gevoerd'.¹⁶⁶

162 Uniken Venema, Beschouwingen betreffende de 'Code-procedure', loc.cit. (noot 107), blz. 171-175.

163 Vergelijk M.G. Rood, Over samenloop van medezeggenschapsrechten. In: Arbeid in kort geding (Kluwer-Deventer 1983), blz. 97-98 (zie noot 19 aldaar).

164 C.A. Boukema, Inschakeling van vakorganisaties en ondernemingsraad bij fusies, in: Fusies en overnames (Academic Service-Schoonhoven 1992), blz. 185-186.

165 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 207, 208.

166 Zie over de vreemde formulering dat 'het krachtens de Wet op de ondernemingsraden vereiste overleg zal worden gevoerd': Van Schilfgaarde, BV en NV, nr. 135 en Boukema, loc.cit. (noot 164), blz. 190.

De Commissie voor Fusieaangelegenheden blijkt het volgende standpunt in te nemen. Voordat de 'gewettigde verwachting' (art. 18 lid 1 Fusiecode) dat overeenstemming wordt bereikt is ingetreden, is de ondernemer vrij om informatie te verstrekken aan, en overleg te voeren met ondernemingsraad en vakorganisaties. Wanneer de 'gewettigde verwachting' is ingetreden, dient overeenkomstig de Code overleg gepleegd te worden over het moment van adviesaanvraag aan de ondernemingsraad. Dit overleg hoeft niet tot overeenstemming te leiden; de ondernemer is uiteindelijk degene die bepaalt wanneer het advies wordt gevraagd.¹⁶⁷ Er wordt dus duidelijk onderscheid gemaakt tussen informatieverstrekking aan de ondernemingsraad en de adviesaanvraag. Deze laatste kan pas plaatsvinden nadat het overleg ex artikel 18 lid 4 Fusiecode heeft plaatsgevonden.

Op deze stellingname kan wel wat worden afgedongen. De Commissie voor Fusieaangelegenheden gaat er blijkbaar van uit dat bij fusies het primaat toekomt aan de vakorganisaties. Dit, terwijl de bevoegdheid van deze vakorganisaties niet berust op een wettelijke regeling, maar op een gedragscode.¹⁶⁸ Boukema merkt op, dat de door de SER-commissie voor Fusieaangelegenheden aanbevolen gedragslijn problemen oplevert in het geval, dat er advies gevraagd moet worden voordat de fusiebesprekingen zijn aangevangen.¹⁶⁹ Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een ondernemer een overname door middel van openbaar bod overweegt, of zich moet uitspreken over een voorgenomen fusie door middel van een intentieverklaring.¹⁷⁰ Onder omstandigheden zal dus niet aan de inhoud van artikel 18 lid 4 sub c Fusiecode voldaan kunnen worden. Boukema is van oordeel, dat een ondernemer die eerst een adviesaanvraag verzendt aan de ondernemingsraad en vervolgens overleg pleegt met de vakorganisaties, de Code niet

167 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 208.

168 Vergelijk Rood, loc.cit. (noot 163), blz. 98.

169 Boukema, loc.cit. (noot 160), blz. 188.

170 Uit de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake 'De Sluis' blijkt dat uit een intentieverklaring tot samenwerking een adviesplichtig besluit in de zin van de Wet op de ondernemingsraden afgeleid kan worden. In het commentaar op deze uitspraak wordt door Sprengers opgemerkt, dat uit de formulering van de OK afgeleid kan worden, dat in gevallen waarin een intentieverklaring met betrekking tot een samenwerkingsverband is gegeven, de ondernemer eerst aan de ondernemingsraad advies zal moeten vragen, voordat hij zich hierover ten opzichte van een derde uitsprekt. Zie Stichting De Sluis, Hof Amsterdam (OK) 21 april 1988, NJ 1989, 310; SR 1988, blz. 241-242 (commentaar Sprengers). Ook in een dergelijk geval ontstaan fricties tussen de artikelen 18 lid 4 SER-Fusiecode in de door de Commissie voor Fusieaangelegenheden aanbevolen gedragslijn en artikel 25 WOR.

schendt, indien hij in de adviesaanvraag opneemt dat de overlegvergadering over de adviesaanvraag pas kan plaatsvinden nadat het overleg met de vakorganisaties is gevoerd. Eventueel zouden de opvattingen van de vakorganisaties nog kunnen gelden als 'feiten of omstandigheden' als bedoeld in artikel 26 lid 1 WOR.¹⁷¹ In de praktijk blijkt het overleg met de vakorganisaties en de adviesaanvraag aan de ondernemingsraad over het algemeen gelijktijdig plaats te vinden.¹⁷²

Samenloop structuurregeling en WOR

Samenloop tussen de (medezeggenschaps)rechten op grond van structuurregeling en de WOR is denkbaar bij verschillende door de ondernemer te nemen financieel-economische besluiten en ook bij fusie. In hoofdstuk 2 (par. 2.4) kwam deze samenloop aan de orde. Ik constateerde daar, dat ondanks het feit dat in de WOR voor het adviesrecht van de ondernemingsraad wordt aangeknoopt bij een *voorgenomen* besluit van de ondernemer en in de structuurregeling bij een *besluit* van het bestuur, in de praktijk een dergelijk besluit eerst voor goedkeuring aan de raad van commissarissen wordt voorgelegd. Het lijkt me dat het verschil tussen *voorgenomen besluit* en *besluit* dermate duidelijk is, dat de ondernemingsraad in ieder geval gelijktijdig met de raad van commissarissen in de besluitvorming betrokken moet worden.

Samenloop structuurregeling en Fusiecode

Het is opmerkelijk dat in de literatuur geen aandacht besteed wordt aan mogelijke samenloop in uitoefening van de (medezeggenschaps)rechten op grond van de structuurregeling en de SER-Fusiegedragsregels. De structuurregeling knoopt aan bij een *besluit* van het bestuur *omtrent* (i.c. duurzame) samenwerking. De SER-Fusiegedragsregels hanteren als tijdsbepalend moment de *gewettigde verwachting* dat overeenstemming wordt bereikt over een fusie. Men kan uit deze laatste formulering afleiden dat er voor het moment dat er wilsovereenstemming is tussen partijen, overleg gevoerd moet worden met de vakorganisaties (zie paragraaf 3.3.3). De structuurregeling spreekt van een besluit omtrent. De Commissie voor Fusieaangelegenheden heeft zich wel uitgesproken over de verhouding tussen het goedkeuringrecht en de Fusiecode. Daar wordt opgemerkt, dat de besturen overleg-

171 C.A. Boukema, Rechtspersonen (Kluwer, losbladig-Deventer), SER-Besluit Fusiegedragsregels, artikel 18, nr. 7.3.

172 Uniken Venema, Beschouwingen betreffende de 'Code-Procedure', loc.cit. (noot 107), blz. 172.

gen met de vakorganisaties voordat zij zelf tot een definitief besluit komen, ongeacht of voor de realisering van dit besluit medewerking van anderen vereist is.¹⁷³ De Commissie is overigens van mening dat het wel gewenst is dat de raad van commissarissen over de fusie wordt geïnformeerd voordat overleg met de vakorganisaties plaatsvindt.¹⁷⁴ De mate van waarschijnlijkheid dat de raad van commissarissen met de fusie zal instemmen is daarbij irrelevant.¹⁷⁵ Mijns inziens is het afhankelijk van de omstandigheden of eerst goedkeuring verkregen moet worden van de raad van commissarissen, dan wel overleg gepleegd moet worden met de vakorganisaties. Neemt het bestuur een besluit tot fusie, dan is verdedigbaar dat de vakorganisaties tegelijkertijd met de raad van commissarissen worden geïnformeerd.¹⁷⁶ Is er sprake van een bestuursbesluit dat een voorstel tot fusie inhoudt, dan is er wel goedkeuring vereist van de raad van commissarissen, maar is er geen wilsovereenstemming tussen de fusiepartijen te verwachten, zodat op dat moment geen verplichtingen op grond van de Fusiecode ontstaan.

Conclusie

Het lijkt mij raadzaam dat de verplichtingen uit de verschillende regelingen zoveel mogelijk gelijktijdig worden nageleefd. Dat houdt in, dat in die gevallen waarin er een voorgenomen besluit tot fusie is, er (vrijwel) gelijktijdig (voorlopige) goedkeuring van de raad van commissarissen verkregen moet worden, alsook advies gevraagd wordt aan de ondernemingsraad en overleg gepleegd wordt met de vakorganisaties. Wanneer een gelijktijdige naleving van de verschillende regelingen niet mogelijk is, dient voorrang verleend te worden aan de wettelijke regelingen: de WOR en de structuurregeling.

Een argument voor het geven van prioriteit aan wettelijke regelingen, kan ook gevonden worden in de aan deze regelingen verbonden sancties. Zo beschikt de ondernemingsraad over het beroepsrecht bij de ondernemingskamer en een recht op naleving van de WOR op grond van artikel 36 WOR, en is een bestuursbesluit genomen zonder goedkeuring van de raad van commissa-

173 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 203

174 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 204.

175 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 204.

176 Mijns inziens speelt het feit dat de Fusiegedragsregels een gedragscode zijn en geen wettelijke regeling een rol indien gelijktijdige naleving van beide regelingen niet mogelijk zou zijn. In een dergelijk geval dient de wettelijke regeling, dus de structuurregeling, voorrang te krijgen.

rissen nietig. De sanctiemogelijkheden van de Commissie voor Fusieaangelegenheden zijn minder zwaar.¹⁷⁷

6.8 Europese ontwikkelingen op het terrein van fusie

6.8.1 Ontwerp tiende richtlijn

In het kader van de harmonisatie van het vennootschapsrecht zijn op Europees gebied verschillende initiatieven ondernomen.¹⁷⁸ Eén van de voorstellen om te komen tot een harmonisatie van het vennootschapsrecht is het ontwerp voor een richtlijn inzake grensoverschrijdende juridische fusie van naamloze vennootschappen.¹⁷⁹ Over dit voorstel is door de SER in januari 1987 advies uitgebracht.¹⁸⁰ Voor de uiteindelijke vaststelling ervan lijken fiscale vraagstukken en de medezeggenschap van werknemers de voornaamste belemmeringen.¹⁸¹ Op deze medezeggenschap richten zich zowel het advies van het Economisch en Sociaal Comité¹⁸² als het SER-advies.

Gevreesd wordt, dat met name in landen waarin de medezeggenschap van werknemers sterk is ontwikkeld, Nederland en Duitsland, een grensoverschrijdende fusie het gevolg zou hebben dat de medezeggenschapsrechten van werknemers, indien de verkrijger in een andere Lid-Staat gevestigd is, worden beknot. Het betreft hierbij niet de mogelijkheden tot invloedsuitoefening via de WOR of de *Betriebsverfassungsgesetz*, maar medezeggenschap op vennootschapsniveau ingevolge de *Mitbestimmung* (Duitsland) dan wel structuurregeling (Nederland). In verband hiermee is artikel 1 lid 3 in de ontwerp-richtlijn opgenomen; de tekst van deze bepaling is wat cryptisch:

"Tot aan een latere coördinatie behoeft een Lid-staat de bepalingen van deze richtlijn niet toe te passen op een grensoverschrijdende fusie indien deze tot gevolg zou hebben dat een

177 Zie paragraaf 3.3.3 hierboven. Zie over dit aspect ook: Uniken Venema, Beschouwingen betreffende de 'code-procedure' (...), loc.cit. (noot 107), nr. 12.

178 Zo is de derde richtlijn (juridische fusie) vastgesteld. Deze richtlijn is, zoals we hierboven zagen, geïmplementeerd in boek 2 BW, en inmiddels opgenomen in titel 7.

179 Voorstel voor een tiende Richtlijn van de Raad van Ministers van de Europese Gemeenschappen, PB EG nr. C 23/11 dd. 25 januari 1985. Vergelijk over dit ontwerp Van Solinge, op.cit. (noot 88).

180 SER-advies 1987/02.

181 SER-advies 1987/02, blz. 8. Van Solinge, op.cit. (noot 88), blz. 14.

182 PB EG nr. C 303 van 25. 11. 1985, blz. 27.

onderneming, ongeacht of ze al dan niet bij de fusie betrokken is, niet meer de voorwaarden vervult voor een vertegenwoordiging van de werknemers in de organen van de onderneming."

Naar aanleiding van deze bepaling, is binnen de SER gediscussieerd over de vraag, of Nederlandse structuurvennootschappen alleen 'verkrijgende' vennootschappen in geval van een internationale juridische fusie zouden moeten kunnen zijn. Men is niet tot een eenstemmige beantwoording van deze vraag gekomen.¹⁸³

De tiende richtlijn staat momenteel niet meer sterk in de belangstelling.¹⁸⁴

6.8.2 *Ontwerp dertiende richtlijn*

Het ontwerp voor de 'dertiende richtlijn' van de EG beoogt harmonisatie van de regels die de belangen van aandeelhouders betreffen in geval van een openbaar bod.¹⁸⁵ Deze richtlijn bevat ook een aantal voorschriften die het belang van de werknemers betreffen. Slechts aan deze bepalingen besteed ik hier aandacht, nadat ik eerst de hoofdlijnen van het ontwerp heb geschetst.¹⁸⁶

183 SER-advies 1987/02, blz. 23-26; vergelijk ook P.J. Dortmund, Enige aspecten van grensoverschrijdende juridische fusie. In: Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen (Kluwer-Deventer 1992), blz. 21-23 en Van Solinge, op.cit. (noot 88), § 5.12c.

184 Vergelijk Van Solinge, op.cit. (noot 88), § 2.6c. E.R. Winter, EG Wetgevingsoverzicht, TVVS 1995, blz. 228, meldt dat het voorstel in het Europees Parlement is gestrand, en dat door de Commissie geen aanstalten meer worden gemaakt om het 'los te trekken'.

185 Voorstel voor een dertiende richtlijn van de Raad inzake het vennootschapsrecht betreffende het openbare bod tot aankoop of ruil, COM (88) def. - SYN 186, van 19 januari 1989. PB EG nr. C 64 van 14 maart 1989, blz. 8; een gewijzigd voorstel werd in september 1990 ingediend: PB EG nr. C 240 van 26 september 1990, blz. 7.

186 Voor literatuur over de dertiende richtlijn zij men verwezen naar: B. Steins Bisschop, De Europese regulering van openbare biedingen op aandelen, TVVS 1989, blz. 241-247. Een gewijzigd voorstel werd ingediend door de Commissie 14 september 1990, COM (90) 416 def. - SYN 186, Pb Nr. C 240/07 dd. 26 september 1990. Vergelijk: S. Perrick, Het nieuwe ontwerp voor een dertiende richtlijn inzake het vennootschapsrecht, TVVS 1990, blz. 297-302; M.Tj. Bouwes, De 13e EG-richtlijn: het openbaar bod op aandelen [NIBE-bankjuridische reeks] (Nibe-Amsterdam 1991); F.C. van Spengler, Een verplicht openbaar bod op aandelen, AA 41 (1992), blz. 20-26; G.E. Krouwel, Overnameregulering (Kluwer-Deventer 1992), hoofdstuk 3; A.F.M. Dorresteyn/R.H. van het Kaar, De 13e EG-Richtlijn (Gouda Quint-Arnhem 1993).

De dertiende richtlijn is van toepassing op de bepalingen van de Lid-Staten betreffende een openbaar bod tot verwerving van effecten van een onder het recht van een Lid-Staat vallende vennootschap, wanneer deze effecten¹⁸⁷ in één of meer Lid-Staten zijn toegelaten tot de handel op de markt die (...) rechtstreeks of indirect voor het publiek toegankelijk is (artikel 1). Het ontwerp bevat onder andere voorschriften omtrent de wijze waarop een openbaar bod moet worden uitgebracht, de inhoud van het biedingsbericht en de uitvoering van de taken van de toezicht houdende autoriteit.

Eén van de meest omstreden bepalingen vormt artikel 4, waarin de verplichting is opgenomen om een openbaar bod uit te brengen op effecten van een NV door eenieder die de beschikking krijgt over een bepaald percentage van de bestaande stemrechten. Op dit moment is het percentage gesteld op minimaal een derde. De Lid-staten kunnen binnen het kader van artikel 4 zelf een regeling kiezen.¹⁸⁸ Deze voorschriften zijn zeer gedetailleerd en uitgebreid, zodat verwacht mag worden dat een eventuele invoering van de richtlijn grote gevolgen zal hebben voor de Nederlandse regelgeving. Met name de toekomst van Hoofdstuk I van de SER-Fusiegedragsregels is onzeker.¹⁸⁹ Raaijmakers stelt voor om te komen tot een 'Regeling Openbare Biedingen' met grondslag in de Wet Toezicht Effectenverkeer.¹⁹⁰

Grote problemen levert een eventuele invoering van de dertiende richtlijn ook op voor de in Nederland vigerende beschermingsconstructies. Met name de uitgifte van preferente aandelen en certificering van aandelen zullen na een eventuele invoering onder druk komen te staan.¹⁹¹

Ook bevat het ontwerp voor een dertiende richtlijn voorschriften die betrekking hebben op de werknemersvertegenwoordigers bij de vennootschap

187 Onder effecten lijken naast aandelen ook te vallen: converteerbare obligaties, warrants en (beperkt) royeerbare certificaten (vergelijk art. 2 lid 3).

188 Vergelijk bijvoorbeeld: M.J.G.C. Raaijmakers, Regelingen met betrekking tot openbare biedingen. In: De toekomst van de fusiegedragsregels (hoofdstuk 3) (op.cit. noot 50), blz. 57-59; vergelijk in deze bundel ook hoofdstuk 2, Enkele 'externe' ontwikkelingen die direct of indirect van toepassing zijn op de Fusiecode, blz. 30-32.

189 Hierop wijst bijvoorbeeld S. Perrick, Het toezicht op het effectenverkeer in Nederland (inaugurele rede Rotterdam, Kluwer-Deventer 1991), blz. 25; Bouwes, op.cit. (noot 186), blz. 35.

190 M.J.G.C. Raaijmakers, Bescherming beleggers ter beurse bij openbare overname- en andere biedingen. Deel I van de bundel Herziening van de Fusiecode (Tjeenk Willink-Zwolle 1994); voor een samenvatting van zijn argumenten verwijs ik naar hoofdstuk 7 van Deel I van dit boek.

191 Zie bijvoorbeeld: Steins Bisschop, op.cit. (noot 186), blz. 183-206.

waarvan de effecten het voorwerp zijn van een aanbod, de doelwitvennootschap dus. Aan deze werknemersvertegenwoordigers moet informatie worden verstrekt door het bestuur of het leidinggevend orgaan van de vennootschap. Bepaald is dat het biedingsbericht en een aantal andere documenten aan de werknemers overgelegd moeten worden (artikel 19 lid 1). Deze informatie moet op zo kort mogelijke termijn na de openbaarmaking worden overgelegd (artikel 19 lid 2).

In het advies van de SER over het oorspronkelijke voorstel van de Commissie, wordt opgemerkt dat deze informatieplicht van het bestuur of leidinggevend orgaan zeer beperkt is in vergelijking met de medezeggenschapsrechten die werknemersvertegenwoordigers aan de Wet op de ondernemingsraden of de SER-fusiecode ontleen.¹⁹² Deze beide regelingen bieden de mogelijkheid invloed uit te oefenen op de besluitvorming. De informatie die op grond van de dertiende richtlijn wordt verkregen biedt deze mogelijkheid niet, daar verstrekking plaatsvindt na de eigenlijke besluitvorming. Denkbaar is dus dat de in Nederland aanwezige standaard van medezeggenschap niet gehandhaafd kan worden. Niet eensluidend was de SER daarom op het punt van de medezeggenschap in deze zin, dat men zich afvroeg of harmonisatie van aandeelhoudersbelangen in geval van openbaar bod, tevens een harmonisatie van werknemersbelangen dient in te houden.¹⁹³

Aangezien de ontwerp-richtlijn ook regels bevat voor de informatieverstrekking aan werknemersvertegenwoordigers kan men zich afvragen of wetsaanpassingen nodig zijn voor het geval dat de dertiende richtlijn wordt vastgesteld. Uniken Venema heeft in verband hiermee voorgesteld gedaan, zie paragraaf 3.3.4. Oorspronkelijk was hij van mening dat Hoofdstuk II van de Code naar de WOR overgebracht zou kunnen worden. Inmiddels heeft hij zijn visie herzien en stelt hij voor te komen tot een 'Fusiecode nieuwe stijl'.¹⁹⁴

192 SER-advies dertiende richtlijn 1990/18, uitgebracht op 19 oktober 1990. Vergelijk blz. 25.

193 Vergelijk SER-advies 1990/18, blz. 26-28.

194 Uniken Venema in 'Herziening van de Fusiecode' (op.cit. noot 107), deel II, hoofdstuk 3. Ik verwijs naar hetgeen hierboven in hoofdstuk 3 hieromtrent werd opgemerkt.

6.9 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de medezeggenschapsrechten die werknemers(vertegenwoordigers), direct dan wel indirect via de raad van commissarissen, toekomen bij een aandelen-, bedrijfs- en juridische fusie geanalyseerd. Daarnaast is bekeken of werknemersvertegenwoordigers invloed kunnen uitoefenen op het aangaan van een aantal samenwerkingsverbanden. Daarbij deden zich de volgende knelpunten voor.

Allereerst het adviesrecht van de ondernemingsraad verbonden aan een NV/BV waarvan de aandelen worden overgedragen. Een adviesrecht moet worden gegrond op artikel 25 lid 1 sub a WOR, overdracht van zeggenschap over de onderneming. Sinds de *PUEM*-beschikking is duidelijk dat wanneer zeggenschap over de vennootschap wordt overgedragen, tevens zeggenschap wordt overgedragen over de met deze vennootschap verbonden onderneming. Ook de Hoge Raad oordeelde in zijn uitspraak inzake *Heuga* tot gelijkstelling van de begrippen ondernemer en onderneming. Onduidelijkheid blijft echter bestaan over de vraag wanneer er nu sprake is van overdracht van *zeggenschap*, en of een overdracht van zeggenschap door een (groot)-aandeelhouder gekwalificeerd kan worden als een besluit tot overdracht door de ondernemer, de vennootschap dus. Het zeggenschaps criterium bleek in de *PUEM*-zaak in die zin geconcretiseerd, dat naast aandelen ook statutaire regelingen van invloed zijn op de zeggenschap. Ook besluiten tot overdracht van potentiële zeggenschap, zou ik als zeggenschapsoverdracht willen kwalificeren, indien de verkrijger van deze potentiële zeggenschap eenzijdig (dus zonder tussenkomst van de vennootschap) zeggenschap kan verkrijgen. Los van de vraag of zeggenschap wordt overgedragen, moet vervolgens in ieder concreet geval bekeken worden of deze zeggenschapsoverdracht aan de ondernemer (de vennootschap in geval van aandelenoverdrachten) kan worden toegerekend. Een dergelijke toerekening dient altijd onderbouwd te worden: in de concrete omstandigheden moet een grond voor toerekening gevonden worden. Een dergelijke grond zal vaak bestaan uit een medewerkingsbesluit van het bestuur (of een ander orgaan) van de ondernemer. Daarnaast is denkbaar, dat men in een concernverhouding een besluit van de moedervennootschap adviesplichtig acht op grond van concrete omstandigheden die maken dat men de moeder met de dochtervennootschap (ondernemer in de zin van de WOR) kan vereenzelvigen.

Een volgend knelpunt vormt de uitoefening van medezeggenschapsrechten in geval van een onvriendelijke overname. Voor uitoefening van invloed volgens de drie besproken regelingen geldt als probleem, dat de gang van zaken bij een overname, waarbij veelal in het geheim op zeer korte termijn

een (openbaar of onderhands) bod op aandelen van een doelwitvennootschap wordt voorbereid, haaks staat op medezeggenschapsprocedures die informatieverstrekking, overleg en termijnen voor het uitbrengen van advies vergen. Voor deze problemen zie ik geen andere oplossing, dan de aanbeveling dat het bestuur van de overnemende vennootschap de werknemers(vertegenwoordigers) zo uitgebreid mogelijk informeert en raadpleegt in geval van een overname, met het oog op de voor deze werknemers zo evidente belangen.

ONTBINDING, FAILLISSEMENT EN HERSTRUCTURERING VAN DE ONDERNEMER

7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de ondernemer die in economische moeilijkheden verkeert, en daardoor in zijn continuïteit wordt bedreigd,¹ centraal. In een dergelijke situatie wordt de ondernemer bedreigd door surséance van betaling en faillissement, en kunnen herstructureringsoperaties noodzakelijk zijn. Met name een faillissement van de ondernemer kan uiteindelijk ontbinding van de rechtspersoon tot gevolg hebben.

Achtereenvolgens komen aan de orde: de ontbinding van de ondernemer (par. 7.2), beëindiging of inkrimping van de werkzaamheden van een (onderdeel van de) onderneming (par. 7.3)² en de medezeggenschapsrechten van werknemers(vertegenwoordigers) in geval van surséance van betaling en faillissement (par. 7.4). Vervolgens richt ik mij in paragraaf 7.5 op herstructurering van een enkelvoudige ondernemer of een concern. Het hoofdstuk wordt in paragraaf 7.6 met een samenvatting en een aantal conclusies besloten.

7.2 Ontbinding van de ondernemer

Ontbinding van de rechtspersoon is wettelijk geregeld in de artikelen 2:19 en 19a BW. De rechtspersoon wordt ontbonden indien hiertoe een besluit is

-
- 1 Een onderneming is in haar continuïteit bedreigd, indien zij qua liquiditeit en solvabiliteit en gezien haar rentabiliteit en rentabiliteitsverwachtingen te kort schiet in de mogelijkheid aanvullende financieringsmiddelen te verkrijgen ter voortzetting van de bedrijfsvoering, vergelijk P.C. Maas, De in haar continuïteit bedreigde onderneming (preadvies Vereniging 'Handelsrecht', Tjeenk Willink-Zwolle 1983), blz. 4.
 - 2 In het kader van een (ingrijpende) herstructureringsoperatie wordt geregeld een Sociaal Plan opgesteld; in een dergelijk Sociaal Plan worden de gevolgen van de herstructurering op sociaal terrein (werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden) geregeld. Over het Sociaal Plan wordt veelal onderhandeld door de vakorganisaties. De ondernemingsraad zal op grond van artikel 25 lid 3 WOR het Sociaal Plan ontvangen, en het derhalve bij zijn advies kunnen betrekken. Ik laat het sociaal plan hier onbesproken. Vergelijk ING, Hof Amsterdam (OK) 31 maart 1994, NJ 1994, 417; JAR 1994, 89; ROR 1994, 19.

genomen door de algemene vergadering³ of het bestuur in het geval van een stichting (art. 2:19 lid 1 sub a BW). Tevens wordt de rechtspersoon ontbonden na faillietverklaring door hetzij opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel, hetzij door insolventie, artikel 2:19 lid 1 sub c BW. Ook kan een rechtspersoon ontbonden worden, indien een gebeurtenis intreedt, die volgens de statuten ontbinding ten gevolge heeft (art. 2:19 lid 1 sub b BW). Sinds 1 september 1994 is het mogelijk dat een rechtspersoon wordt ontbonden ingevolge een beschikking van de Kamer van Koophandel (art. 2:19 lid 1 sub e BW).⁴ Naast deze vormen van ontbinding is het denkbaar dat de rechter de rechtspersoon ontbindt op grond van de in de wet bepaalde gevallen (art. 2:19 lid 1 sub f BW).⁵

Wanneer een besluit tot ontbinding wordt genomen, heeft dit niet automatisch tot gevolg dat de rechtspersoon ophoudt te bestaan. Dit is slechts het geval, indien deze rechtspersoon op het moment van ontbinding geen baten meer heeft (art. 2:19 lid 4 BW).⁶ Heeft de rechtspersoon wél baten, dan blijft hij na ontbinding voortbestaan voorzover dit nodig is ter vereffening van zijn vermogen (art. 2:19 lid 5 BW). De rechtspersoon houdt na ontbinding op te bestaan op het tijdstip waarop aan de rechtspersoon (of aan de vereffenaar c.q. faillissementscurator) geen bekende baten meer aanwezig zijn (art. 2:19 lid 6 BW).⁷ Indien de rechtspersoon ophoudt te bestaan, dan

3 Bij de NV, BV, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en commerciële vereniging.

4 Wet van 29 juni 1994, Stb. 1994, 506; de wet is in werking getreden op 1 september 1994, Stb. 1994, 588. De Kamer van Koophandel heeft de plicht om, indien zich de in artikel 2:19a BW genoemde omstandigheden voordoen die feitelijk inhouden dat de rechtspersoon niet aan het rechtsverkeer deelneemt, de rechtspersoon te ontbinden. Ik laat deze regeling onbesproken, daar zij niet van belang is bij rechtspersonen die een onderneming in stand houden waarbij meer dan 100 werknemers werkzaam zijn; zie nader Asser-Maeijer 2 III, nrs. 560, 561.

5 Ontbinding van de rechtspersoon vindt plaats door de rechter op vordering van het openbaar ministerie op grond van de algemene gronden artikelen 2:20 en 21 BW, of op grond van elders in de wet genoemde bijzondere gronden Asser-Maeijer 2 III, nrs. 558, 559.

6 Onbesproken laat ik het geval van een ontbonden vennootschap die naar het oordeel van het bestuur (en de vereffenaar) geen baten meer heeft, zodat hij is opgehouden te bestaan (art. 19 lid 4 BW), en die toch op verzoek van een schuldeiser die stelt dat er wel degelijk baten zijn, door de rechter failliet kan worden verklaard: HR 27 januari 1995, NJ 1995, 579 (noot Maeijer).

7 De vereffening van het vermogen van de rechtspersoon laat ik onbesproken. Ik verwijs naar Asser-Maeijer 2 III, nrs. 563-566.

wordt dit door het bestuur opgegeven bij het register waar de rechtspersoon is ingeschreven (art. 2:19 lid 6 BW).

Een besluit van de ondernemer tot ontbinding valt niet onder de limitatieve opsomming van adviesplichtige besluiten van artikel 25 lid 1 WOR. Aangezien de rechtspersoon in principe blijft voortbestaan tot het vermogen is vereffend, zal ontbinding niet automatisch beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of een belangrijk onderdeel daarvan (art. 25 lid 1 sub c WOR) inhouden.⁸ Vanzelfsprekend moet, indien de ontbinding van de rechtspersoon wel vrijwel onmiddellijk sluiting van de onderneming tot gevolg heeft, advies worden gevraagd op grond van artikel 25 lid 1 sub c WOR.

Een besluit tot ontbinding van de rechtspersoon wordt genomen door de algemene vergadering (art. 2:19 lid 1 sub a BW). Indien door het bestuur van een structuurrechtspersoon een voorstel tot ontbinding van de rechtspersoon wordt gedaan, is dit voorstel aan goedkeuring van de raad van commissarissen onderworpen op grond van artikel 2:164 lid 1 sub h BW.

7.3 Sluiting en inkrimping van de onderneming

7.3.1 Algemeen

In het kader van een herstructurering van een ondernemer of een groep ondernemers worden regelmatig (onderdelen van) ondernemingen gesloten. Ook komt het voor dat de werkzaamheden van de onderneming worden beperkt. In dat geval is sprake van een 'inkrimping van de onderneming'. Zowel in het kader van de WOR, als bij toepassing van het enquêterecht is de sluiting en inkrimping van ondernemingen in de rechtspraak (van met name de Ondernemingskamer) aan de orde geweest.⁹

8 In andere zin: A.F.M. Dorresteyn, *Bedrijfssluiting* (Van faillissement van de eenmanszaak tot OGEM-sterfhuis) (Tjeenk Willink-Zwolle 1985), blz. 60.

9 Zie over de omvang van de informatie- en overlegplicht van de ondernemer bij bedrijfssluiting: R.A.A. Duk, *Bedrijf dicht, overleg open?* in: *In Orde* (Liber Amicorum Pieter Verloren van Themaat, Kluwer-Deventer 1982), blz. 61-75.

7.3.2 Sluiting van de onderneming

Wet op de ondernemingsraden

Op grond van artikel 25 lid 1 sub c WOR is een besluit tot beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming (of van een belangrijk onderdeel daarvan) aan advies van de ondernemingsraad onderworpen. In de WOR 1971 was in artikel 25 lid 1 sub b een bijna gelijklopende bepaling opgenomen.¹⁰ In Inzicht wordt ter toelichting opgemerkt, dat het hier gaat om sluiting, stillegging of opheffing van de onderneming.¹¹

In de rechtspraak van met name de Ondernemingskamer is een aantal malen uitspraak gedaan over de beëindiging van de werkzaamheden van een onderneming.¹² Voordat ik tot bespreking van deze uitspraken overga, wijs ik op de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake *Cito*¹³ waarin werd uitgemaakt dat de ondernemingsraad ook na het beëindigen van de onderneming procesbevoegdheid toekomt, voorzover dit noodzakelijk is voor de behartiging van zijn belangen. In zijn noot onder de uitspraak merkt Maeijer op, dat aan de overweging van de Ondernemingskamer betekenis toekomt in het geval dat een eind komt aan de onderneming door een besluit van de ondernemer ex artikel 25 lid 1 sub c WOR, daar in een dergelijk geval de Ondernemingskamer aan de ondernemer de verplichting kan opleggen het besluit tot sluiting geheel of gedeeltelijk in te trekken. In dat geval is wel noodzakelijk dat de ondernemer nog bestaat.

Eén van de meest bekende uitspraken inzake de sluiting van een onderneming betreft de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake *Lingeziekenhuis*. In dat geval werd een besluit genomen tot sluiting van de onderneming op korte termijn, zonder dat advies werd gevraagd aan de ondernemingsraad. Het besluit werd op deze grond kennelijk onredelijk verklaard.¹⁴ Vergelijkbaar is de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake de sluiting van een

10 Stb. 1971, 54. In artikel 25 lid 1 sub c WOR 1979 is het woord *belangrijk* toegevoegd.

11 Inzicht, blz. 104.

12 Een beëindiging van werkzaamheden van de onderneming of de sluiting van een onderneming blijkt in de bevoegdheidsafbakening tussen locale- en centrale ondernemingsraad veelal een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang te zijn: zie paragraaf 1.7.3.

13 Cito, Hof Amsterdam (OK) 11 mei 1987, NJ 1988, 518 (noot Maeijer).

14 Lingeziekenhuis, Hof Amsterdam (OK) 1 mei 1980, NJ 1981, 271 (noot Maeijer).

afdeling van het *Sint Radboudziekenhuis*; ook hier was ten onrechte een besluit tot sluiting niet ter advisering aan de ondernemingsraad voorgelegd.¹⁵

Het besluit om ondanks een negatief advies van de ondernemingsraad toch een laboratorium in een psycho-medisch centrum te sluiten is, mede op grond van financiële aspecten, niet kennelijk onredelijk.¹⁶

Een besluit tot sluiting werd door de Ondernemingskamer kennelijk onredelijk geoordeeld in het geval dat het advies zo laat werd ingewonnen, dat het niet meer van wezenlijke invloed op de besluitvorming kon zijn.¹⁷

Bij *Coberco* werd een besluit tot sluiting voorgenomen ondanks een toezegging dat de werkzaamheden van een vestiging zouden worden voortgezet. Het besluit wordt kennelijk onredelijk geacht, daar onvoldoende is aangegeven welke omstandigheden de sluiting rechtvaardigen.¹⁸

Vervolgens is een aantal uitspraken gedaan in concernverhoudingen.

In de *ENKA*-zaak was sprake van een herstructurering van het ENKA-concern.¹⁹ In het kader van deze herstructurering overweegt de ondernemer sluiting van een vestiging van ENKA. De Hoge Raad is van oordeel, dat een afweging moet plaatsvinden tussen de belangen van de werknemers van de te sluiten vestiging en de andere betrokken belangen, waaronder met name het belang van de continuïteit van de onderneming als geheel en daarmee de belangen van elders werkzaam personeel.

Bij *Philips Data Systems*²⁰ was sprake van een besluit tot gedeeltelijke sluiting van een concernonderneming. De ondernemer heeft aangevoerd dat deze gedeeltelijke sluiting op grond van strategische overwegingen noodzakelijk is; zij is in het belang van de overige twee werkmaatschappijen van het concern. De ondernemingsraad heeft deze gronden onvoldoende bestreden, zodat het besluit van de ondernemer de redelijkheidstoets kon doorstaan.

15 Sint Radboudziekenhuis, Hof Amsterdam (OK) 27 augustus 1987, NJ 1988, 642; ROR 1987, 28.

16 Vijverdal, Hof Amsterdam 22 oktober 1987, ROR 1987, 31.

17 De Maretak, Hof Amsterdam (OK) 9 maart 1989, ROR 1989, 8; SR 1989, 144 (commentaar Dorresteyn).

18 Coberco, Hof Amsterdam (OK) 6 oktober 1994, NJ 1995, 457; JAR 1994, 232; SR 1994, 366-367 (commentaar Zeijlstra); TVVS 1994, blz. 332-333 (commentaar Rood).

19 ENKA, HR 7 juli 1982, NJ 1983, 35 (noot Maeijer).

20 Philips Data Systems, Hof Amsterdam (OK) 21 januari 1982, NJ 1983, 31 (noot Maeijer).

Bij de *M. Groep*²¹ was sprake van een reorganisatie, die inhield dat een dochteronderneming zou worden gesloten, en dat een deel van de productie van deze onderneming zou worden verplaatst. De aan deze onderneming verbonden ondernemingsraad verzet zich tegen de sluiting met als voorname argument, dat deze niet in het belang is van de dochteronderneming. De Ondernemingskamer kan zich in dit standpunt niet vinden. De dochteronderneming maakt deel uit van een concern; dit betekent niet dat te allen tijde het concernbelang doorslaggevend moet zijn, maar in de gegeven omstandigheden mocht de ondernemer met het concernbelang rekening houden.

In de zaak *Howson Algraphy*²² werd door de Ondernemingskamer overwogen, dat een moedervernootschap aan een dochtervernootschap aanwijzingen en richtlijnen kan geven, maar dat dit de eigen verantwoordelijkheid van de dochtervernootschap als rechtspersoon naar Nederlands recht onverlet laat.

In de zaak *Fluke*²³ was sprake van sluiting van een op zich rendabele productieafdeling. Deze afdeling maakt onderdeel uit van Fluke Holland BV, een 100%-concern dochter. De Ondernemingskamer acht het besluit tot sluiting kennelijk onredelijk, en overweegt:

"(...)

Niet blijkt evenwel of, en zo ja, in hoeverre de (...) belangen van de Fluke-organisatie als geheel, zijn afgewogen tegenover de rechtmatige belangen van de werknemers van Fluke Holland bij het voortbestaan van de op zichzelf rendabele productie-afdeling (...)."

Aangezien door het ontbreken van een dergelijke belangenafweging geen inzicht is geboden, werd het besluit door de Ondernemingskamer kennelijk onredelijk geacht.

In de uitspraak inzake *BAT* achtte de Ondernemingskamer de sluiting van BAT-Nederland BV (onderdeel van het Britse BATCO-concern) en overbrenging van de productie naar de concernonderneming in Brussel niet kennelijk onredelijk. Evenals in de *Fluke*-zaak was er sprake van sluiting van een nog rendabel onderdeel van het concern.²⁴ De Ondernemingskamer overweegt daartoe, dat de ondernemer in redelijkheid kon uitgaan van de

21 M. Groep, Hof Amsterdam (OK) 11 maart 1982, NJ 1983, 30 (noot Maeijer).

22 Howson Algraphy, HR 11 juli 1984, NJ 1985, 212 (noot Maeijer).

23 Fluke, Hof Amsterdam (OK) 7 juli 1988, NJ 1989, 845 (noot Maeijer).

24 BAT, Hof Amsterdam (OK) 28 november 1991, NJ 1992, 201, SR 1992, blz. 21-23 (commentaar Dorresteyn).

aan zijn besluit ten grondslag liggende berekeningen. Door de werknemers is als optie aangedragen, dat de productie van de Brusselse onderneming ook naar Nederland overgedragen kan worden. De Ondernemingskamer overweegt hierover (r.o. 4.4):

"(...)

De ondernemer heeft deze optie in redelijkheid kunnen verwerpen; in de eerste plaats (...), maar bovendien omdat de keuze voor die optie binnen het BAT-concernverband niet zou worden gehonoreerd. Als onderdeel van dat concern kan BAT Nederland zich niet permitteren om zich aan de binnen dat concern ontwikkelde strategie te onttrekken. Dit zou anders kunnen zijn indien de strategie van het concern en/of het besluit van de ondernemer gebaseerd zouden zijn op een onredelijke afweging tussen enerzijds het algemene concern-belang en anderzijds het meer specifieke belang van BAT-Nederland, als onderdeel van het BAT-concern.

(...)"

In casu was van een onredelijke afweging van dat belang naar het oordeel van de Ondernemingskamer geen sprake. De Ondernemingskamer geeft hier een aanvulling op het criterium uit de uitspraak inzake Fluke.

Niet direct een sluiting, maar wel een herstructurering van de onderneming betrof de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake *Nering Bögel*.²⁵ De moedermaatschappij van Nering Bögel heeft besloten tot herstructurering van de activiteiten binnen het concern. Over het gedeelte van deze herstructurering dat plaats zou vinden bij de Nederlandse dochtermaatschappij Nering Bögel wordt de ondernemingsraad advies gevraagd. De ondernemingsraad brengt een negatief advies uit en gaat in beroep tegen de stelling van de ondernemer dat het gaat om de vraag of Nering Bögel als redelijk handelend ondernemer mag meewerken aan de door het concern gekozen strategie. Volgens de ondernemer is in dit geval tot de strategie besloten na een redelijke afweging van de belangen. De Ondernemingskamer overweegt (r.o. 4.1):

"(...)

het enkele feit dat de leiding van een concern heeft besloten tot een hervervakeling van activiteiten over onderscheiden concern-ondernemingen heeft niet tot gevolg dat het op ondernemingsniveau uitvoering geven aan dat besluit per definitie als een redelijk handelen van de leiding van de onderneming beschouwd moet worden. De ondernemer dient bij de besluitvorming zelfstandig de betrokken belangen op redelijke wijze af te wegen. De

25 Nering Bögel, Hof Amsterdam (OK) 10 maart 1994, NJ 1995, 374; JAR 1994, 74; SR 1994, blz. 150-151 (commentaar Sprengers); ik behandel de zaak hier, omdat de redenering van de Ondernemingskamer mooi aansluit bij die uit de BAT-uitspraak.

concernstrategie vormt (...) daarbij ook een gewicht in de schaal, maar niet per definitie het doorslaggevende."

Overigens oordeelde de Ondernemingskamer het besluit van de ondernemer niet kennelijk onredelijk.

Enquêterecht

Ook in enquêteprocedures is de sluiting van (een onderdeel van) een onderneming aan de orde geweest. In eerste instantie in de *Batco-affaire*.²⁶ In deze zaak vernietigde de Ondernemingskamer het besluit tot sluiting van de fabriek in Amsterdam, daar dit besluit in strijd was met elementaire beginselen van verantwoord ondernemingsbeleid. Van wanbeleid was (onder andere) sprake omdat het bestuur zijn overlegverplichtingen met de ondernemingsraad over sluiting van Batco onvoldoende is nagekomen; het overleg is door Batco te vroeg afgebroken.

Een enquêteverzoek werd afgewezen door de Ondernemingskamer inzake *VHLF*. Het verzoek was ingesteld op de grond, dat de ondernemer weigerde een nader (deskundigen-)rapport inzake de sluiting van een vestiging, te financieren. De Ondernemingskamer zag hierin geen gegronde redenen om aan een juist beleid van VHLF te twijfelen, met name omdat VHLF reeds tot verschillende externe onderzoeken opdracht had gegeven.²⁷

Geen gegronde redenen om aan juist beleid te twijfelen waren er in het geval dat een onderdeel van een dochtervennootschap (*architectenbureau*) werd gesloten door de moedervennootschap. Weliswaar is het met het personeel gevoerde overleg en de informatieverstrekking niet optimaal geweest, maar aangezien er geen alternatief voor sluiting bestaat dat de voorkeur zou genieten, en er door de ondernemer een werkgelegenheidsgarantie is gegeven voor het personeel zijn de nadelige gevolgen van het besluit niet van zodanig gewicht dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen.²⁸

Ook in de *Ford-affaire*²⁹ werd een enquêteverzoek van de vakorganisaties afgewezen. De Ondernemingskamer was van oordeel dat een moedermaatschappij, in geval van een voorgenomen sluiting van een productieafdeling, aan haar dochtervennootschap al die informatie dient te verschaffen die

26 BATCO, Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (met noot Macijer onder NJ 1980, 73).

27 VHLF, Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, NJ 1980, 73 (noot Macijer).

28 Hof Amsterdam (OK) 29 mei 1980, NJ 1981, 272 (noot Macijer).

29 Ford, Hof Amsterdam (OK) 10 december 1981, NJ 1983, 23 (noot Macijer).

de directie van deze dochtervennootschap redelijkerwijze nodig heeft voor de uitoefening van haar taak. Tot deze taak behoort het verschaffen van informatie aan vakbonden. Ondanks het feit dat Ford zijn verplichtingen op dit punt onvoldoende is nagekomen, acht de Ondernemingskamer dit tekortschieten van onvoldoende gewicht om een enquêteverzoek toe te wijzen.

In de *Hyster-zaak*³⁰ was sprake van een sluiting van een bedrijfsonderdeel en/of ingrijpende inkrimping van het personeelsbestand; ten aanzien van deze besluiten was onvoldoende overleg met de bonden geweest. Daarnaast had Hyster verzuimd om de bonden informatie te verschaffen. Een enquêteverzoek werd door de Ondernemingskamer toegewezen met de volgende motivering:

"In de verhouding tussen een moeder- en een dochtervennootschap (...) kan de moedervennootschap aan de dochtervennootschap richtlijnen en aanwijzingen geven, waaraan die dochtervennootschap zich door haar afhankelijkheid van de moedervennootschap moeilijk kan onttrekken. Dit laat echter onverlet de eigen rechten en verplichtingen van de dochtervennootschap als rechtspersoon naar Nederlands recht."

In de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake *Howson Algraphy* werd een enquêteverzoek toegewezen. In casu had een in Nederland gevestigde dochtermaatschappij besloten tot sluiting van haar productiebedrijf en daarbij onvoldoende informatie verschaft.³¹ De Ondernemingskamer motiveerde op dezelfde wijze als in *Hyster*.

Bij *Campina* (overigens geen enquêteprocedure) bestond een in 1980 gesloten convenant tussen de bonden en ondernemer dat geen bedrijfsonderdeel meer gesloten zou worden. De ondernemer besluit in 1985 desondanks tot sluiting en beroept zich op een ingrijpende wijziging van de omstandigheden. De Hoge Raad is met de rechtbank van oordeel, dat niet van de ondernemer gevergd kan worden, dat hij zijn verplichting (uit het convenant) nakomt, zodat de sluiting van het bedrijfsonderdeel niet onrechtmatig is.³²

Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat, zowel voor toepassing van de WOR als met betrekking tot het enquêterecht, rekening wordt gehouden met het bestaan van een concernverhouding in geval van een herstructurering die

30 *Hyster*, Hof Amsterdam (OK) 23 juni 1983, NJ 1984, 571 (noot Maeijer).

31 *Howson Algraphy*, Hof Amsterdam (OK) 29 augustus 1985, NJ 1986, 578 (noot Maeijer).

32 *DMV-Campina*, HR 10 juli 1989, NJ 1989, 786; de in dit arrest aan de orde komende verhouding tussen het enquêterecht en een vordering op grond van onrechtmatige daad blijft hier onbesproken.

een sluiting van de onderneming tot gevolg heeft. De concernverhouding legt gewicht in de schaal, maar is niet van doorslaggevende betekenis. Door de dochteronderneming (ondernemer in de zin van de WOR en veelal overlegpartner van de vakorganisaties) dient een redelijke belangenafweging gemaakt te worden.

7.3.3 *Inkrimping van de onderneming*

Het adviesrecht met betrekking tot een inkrimping van de onderneming werd opgenomen in artikel 25 lid 1 sub c WOR 1971. Het werd ongewijzigd overgenomen in artikel 25 lid 1 sub d WOR 1979. In Inzicht wordt als voorbeeld van een belangrijke inkrimping gegeven het afstoten van één of meer productielijnen; Besluiten tot inkrimping van de onderneming betreffen afslankingen waardoor arbeidsplaatsen verloren kunnen gaan.³³ Of een bepaalde inkrimping belangrijk is, hangt af van de omvang en de aard van de activiteiten van de gehele onderneming.³⁴

In een aantal rechterlijke uitspraken werd de 'belangrijke inkrimping' nader geconcretiseerd. Hier volgt een overzicht, waaruit blijkt dat met name de invulling van het begrip 'belangrijk' noodzakelijk was. Een beddenreductie van 470 naar 460 in een ziekenhuis is geen belangrijke inkrimping van de capaciteit.³⁵

Een besluit tot productievermindering is geen belangrijke inkrimping wanneer gelijksoortige besluiten 15 tot 20 maal per jaar worden genomen binnen de onderneming. Van belang is hierbij dat de ondernemer heeft medegedeeld dat het besluit voor de werknemers geen gevolgen heeft.³⁶

Het besluit tot reductie van het budget van een laboratorium voor bepaalde activiteiten waardoor de totale beschikbare financiële ruimte met 14% daalde, is een belangrijke inkrimping. Van belang was hier, dat de geschatte bezetting in manjaren in een jaar van 747 naar 667 zou dalen, terwijl tevens het aantal kortlopende contracten gehalveerd zou worden.³⁷

33 Inzicht, blz. 104.

34 Inzicht, blz. 104.

35 Hof Amsterdam (OK) 17 november 1983, RMZ 1982-1983, 51.

36 Hof Amsterdam (OK) 26 maart 1981, NJ 1982, 246 (noot Macijer).

37 Shell Research, Hof Amsterdam (OK) 2 april 1987, NJ 1988, 382 (noot Macijer).

Wanneer de omvang van de onderneming wordt verminderd met uiteindelijk 50 van de 100 werknemers, is er sprake van een belangrijke inkrimping.³⁸

Ook een tijdelijke stillegging van een blokwalserij kan onder omstandigheden een belangrijke inkrimping zijn.³⁹

Van bovenstaande uitspraken zou ik willen onderscheiden het geval dat een ondernemer werkzaamheden uitbesteedt. Een dergelijke uitbesteding van werkzaamheden zal feitelijk een inkrimping van de werkzaamheden van de onderneming inhouden. Bij *Wooncentrum de Steffenberg*⁴⁰ was sprake van uitbesteding van de keuken. De Ondernemingskamer achtte het besluit hier toe niet kennelijk onredelijk daar de ondernemer (een door de ondernemingsraad onvoldoende weersproken) kostenbesparing kon realiseren, en daarnaast een flexibilisering en vereenvoudiging van de organisatie kon bewerkstelligen.⁴¹

7.4 Surséance van betaling en faillissement van de ondernemer

Surséance van betaling

Surséance van betaling kan worden aangevraagd door de schuldenaar (art. 213 Faillissementswet [Fw]). Wanneer een rechtspersoon in financiële moeilijkheden verkeert, zal het bestuur van de rechtspersoon bevoegd zijn om surséance van betaling aan te vragen.⁴² De WOR biedt de ondernemingsraad geen adviesrecht voor het geval dat de ondernemer surséance aan-

38 Hof Amsterdam (OK) 2 december 1982, NJ 1983, 747 (noot Maeijer).

39 Ktg. Haarlem 24 november 1981, RMZ 1981-1982, 52.

40 Steffenberg, Hof Amsterdam (OK) 1 december 1994, JAR 1995, 15; ROR 1995, 30; SR 1995, blz. 54 (commentaar Van het Kaar).

41 Uitbesteding van werkzaamheden was ook aan de orde in de zaken: Unilever, Hof Amsterdam (OK) 23 november 1989, ROR 1989, 31; Burgerziekenhuis, Hof Amsterdam (OK) 17 mei 1990, ROR 1990, 10 en Hydro Agri, Hof Amsterdam (OK) 21 november 1991, ROR 1992, 6.

42 Asser-Maeijer 2 III, nr. 291 voor de NV en BV. Voor de overige rechtspersonen wil ik hetzelfde aannemen. Zie met betrekking tot de stichting en vereniging: R.J. Verschoof, Faillietverklaring en voorlopige surséanceverlening bij vereniging en stichting, S&V 1989, blz. 168. Zie tevens: A.L. Leuftink, Surséance van betaling (Kluwer-Deventer 1995), blz. 15-19, alwaar een overzicht van de bevoegdheid surséance van betaling aan te vragen bij de verschillende rechtsvormen. Leuftink is, mijns inziens in afwijking en niet in overeenstemming met Verschoof zoals hij zelf stelt, van mening dat bij een vereniging de beslissing bij de algemene vergadering berust en het bestuur tot uitvoering bevoegd is.

vraagt.⁴³ Verdedigbaar lijkt mij dat het aanvragen van surséance van betaling behoort tot de informatie die de ondernemer op grond van artikel 31 lid 1 WOR moet verstrekken. Wanneer het bestuur van een structuurrechtspersoon het voornemen heeft om surséance van betaling aan te vragen, heeft de raad van commissarissen op grond van artikel 2:164 lid 1 sub i BW een goedkeuringsrecht.

Surséance van betaling kan worden omschreven als een algemeen uitstel van betaling,⁴⁴ en heeft als gevolg dat de schuldenaar het vrije beheer en de vrije beschikking over zijn vermogen verliest. Er worden één of meer bewindvoerders⁴⁵ benoemd (art. 215 Fw), die aan een daad van beheer of beschikking betreffende de boedel moeten medewerken, machtigen of bijstand verlenen (art. 228 lid 1 Fw).⁴⁶ De vennootschap die in surséance verkeert, heeft dus wel het beheer en de beschikking over het vermogen, maar slechts in samenwerking met de bewindvoerder(s).⁴⁷ In principe blijft tijdens de surséance van betaling de onderneming voortbestaan. De vraag rijst of de bevoegdheden die de ondernemingsraad aan de WOR ontleent, ook tijdens surséance van betaling uitgeoefend kunnen worden. Aan dit probleem is door Kortmann uitgebreid aandacht besteed.⁴⁸ Hij komt tot de conclusie dat indien de onderneming wordt voorgezet, de WOR blijft gelden. De rechtspersoon blijft ondernemer in de zin van de WOR, en de bestuurder (in de zin van de WOR) dient zijn verplichtingen na te komen. Kortmann is, mijns

43 In gelijke zin Leuftink, op.cit. (noot 42), blz. 70.

44 N.J. Polak, Faillissementsrecht (bewerkt door C.E. Polak), (5e druk Samson H.D. Tjeenk Willink-Alpen aan de Rijn 1992), blz. 193.

45 Zie over de bewindvoerder nader: Leuftink, op.cit. (noot 42), hoofdstuk 6.

46 Robbert van het Kaar, Werknemersmedezeggenschap bij fusies (Welboom bladen-Amsterdam 1994), blz. 61, is van mening dat de benoeming van een bewindvoerder een belangrijke wijziging in de verdeling van de bevoegdheden tot gevolg heeft, zodat ingevolge artikel 25 lid 1 sub e WOR advies gevraagd moet worden.

47 Vergelijk S.C.J.J. Kortmann, De curator, de bewindvoerder en de organen van de vennootschap en de onderneming. In: Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu, preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 1993 (Tjeenk Willink-Zwolle 1993), blz. 114. In het preadvies worden de bevoegdheden van de verschillende vennootschapsorganen en de betrokkenheid van de bewindvoerders bij de uitoefening daarvan tijdens surséance onderzocht.

48 Vergelijk zijn Preadvies, loc.cit. (noot 47), blz. 152 en S.C.J.J. Kortmann, De positie van de organen van de vereniging en de stichting en van hun ondernemingsraden tijdens surséance en faillissement, S&V 1989, blz. 171-175.

inziens terecht, van mening dat de bewindvoerder niet als bestuurder in de zin van de WOR aangemerkt kan worden.⁴⁹

Door het bestuur kunnen in samenwerking met de bewindvoerders tijdens de surséance van betaling beslissingen genomen worden over een fusie of samenwerking, dan wel verkoop van (een gedeelte van) de onderneming. Tijdens surséance dienen de verplichtingen uit de Fusiecode nageleefd te worden. Wel is het zo, dat de omstandigheid dat sprake is van surséance, van invloed zal kunnen zijn op de wijze waarop de betrokken ondernemingen en vakorganisaties de voorschriften van artikel 18 SER-Fusiegedragsregels jegens elkander naleven.⁵⁰

Ook kan het bestuur van een structuurrechtspersoon tijdens surséance van betaling besluiten nemen die op grond van artikel 2:164 lid 1 BW onderworpen zijn aan goedkeuring van de raad van commissarissen. Tijdens surséance blijft de bevoegdheid tot het nemen van dergelijke besluiten bestaan, en dus ook het ermee verbonden goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen.⁵¹ Duidelijk is, dat het bestuur voor een aantal van de in deze artikelen genomen besluiten medewerking nodig heeft van de bewindvoerder, aangezien zij als 'daad van beheer of beschikking over het vermogen' gekwalificeerd kunnen worden.⁵²

Het is denkbaar dat de schuldenaar zijn schuldeisers een akkoord aanbiedt (art. 252 Fw). In dit akkoord kunnen aangelegenheden geregeld worden die aan een adviesrecht van de ondernemingsraad onderworpen zijn. Zo dat het geval is, moet het bestuur van de in surséance van betaling verkerende rechtspersoon naar mijn mening advies aan de ondernemingsraad vragen over die adviesplichtige aangelegenheden.⁵³

49 Kortmann, Preadvies, loc.cit. (noot 47), blz. 152.

50 De Commissie voor Fusieaangelegenheden zal dergelijke omstandigheden bij de beoordeling van niet correcte naleving van Code-voorschriften verdisconteren; Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 84.

51 Kortmann, Preadvies (loc.cit. noot 47), blz. 125 (bestuurders) en blz. 142 en 145.

52 Leuftink (op.cit. noot 42, blz. 66) wijst op de mogelijke problemen die zich kunnen voordoen indien tussen het bestuur en de bewindvoerder overeenstemming bestaat over een bepaalde handeling, terwijl de raad van commissarissen zich daartegen verzet. Denkbaar is, dat de bewindvoerder dreigt de surséance in te trekken, of dat de Rechtbank op grond van artikel 225 FW voorzieningen/bepalingen kan maken. Leuftink vraagt zich af of dergelijke bepalingen kunnen derogeren aan door de raad van commissarissen opgeworpen belemmeringen.

53 Vergelijk ook Leuftink, op.cit. (noot 42), blz. 70-71.

Faillissement

Wanneer een schuldenaar in de toestand verkeert, dat hij heeft opgehouden te betalen, dan kan hij op eigen aangifte, dan wel op verzoek van één of meer van zijn schuldeisers, bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement worden verklaard (art. 1 Fw). Voor de NV en de BV is in boek 2 BW expliciet bepaald, dat de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd is tot aangifte van faillissement, tenzij de statuten⁵⁴ anders bepalen, of een opdracht tot aangifte aan het bestuur van de vennootschap is gegeven (art. 2:136 BW). Een overeenkomstige bepaling voor de stichting en vereniging is niet gegeven. Verschoof concludeert uit het feit dat bij een vereniging de ledenvergadering imperatief de bevoegdheid heeft om de vereniging te ontbinden,⁵⁵ en faillissement in het algemeen leidt tot ontbinding van de rechtspersoon, de bevoegdheid tot aangifte van faillissement toekomt aan de algemene vergadering. Aangenomen mag worden, dat deze bevoegdheid onder de restbevoegdheid valt.⁵⁶ Bij stichtingen is het bestuur bevoegd tot aangifte van faillissement.⁵⁷

Voor structuurrechtspersonen is in artikel 2:164 lid 1 sub i BW bepaald, dat een voorgenomen besluit van het bestuur tot aangifte van faillissement onderworpen is aan goedkeuring van de raad van commissarissen. Deze bepaling derogeert niet aan artikel 2:136 BW.⁵⁸

De ondernemingsraad heeft geen adviesrecht, wanneer een besluit wordt voorgenomen tot het aanvragen van faillissement. Er is slechts één uitspraak over deze materie. Daarin is uitgemaakt, dat het besluit om faillissement aan te vragen niet onder artikel 25 lid 1 sub c WOR (beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of een belangrijk onderdeel daarvan) valt.⁵⁹ Daarbij wordt door de rechtbank onder andere als motivering gegeven, dat wanneer bij een faillissementsaanvraag de ondernemingsraad adviesrecht toekomt, dit tot gevolg heeft, dat ook het beroepsrecht ex artikel

54 De bevoegdheid van het bestuur om eigenmachtig het faillissement aan te vragen, blijkt in de praktijk zeer zelden statutair toegekend te worden; vergelijk Löwensteyn in Rechtspersonen (losbladig), artikel 136, aant. 2.

55 Artikel 2:19 lid 1 sub a BW.

56 Verschoof, loc.cit. (noot 42), blz. 165 en R.J. Verschoof, Faillissementsaangifte door vereniging en stichting, S&V 1990, blz. 72-77; voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen kan hetzelfde aangenomen worden, zie de schakelbepaling art. 2:53a BW.

57 Verschoof, loc.cit. (noot 42), blz. 165. Argument hiervoor is met name, dat bij stichtingen de bevoegdheid tot ontbinding toekomt aan het bestuur (art. 2:19 lid 1 sub a BW).

58 Vergelijk Handboek nr. 243, Asser-Maeijer 2 III, nr. 291.

59 Rb. 's-Hertogenbosch 9 april 1980, NJ 1980, 546.

26 WOR openstaat tegen een van het advies afwijkend besluit van de ondernemer. Dit zou tot het ongewenste gevolg leiden, dat de Ondernemingskamer uitspraak zou moeten doen over de faillietverklaring. Een dergelijke gang van zaken wordt in strijd geacht met de absolute competentie.⁶⁰ Dit argument overtuigt mij niet; de Ondernemingskamer toetst immers marginaal en beoordeelt met name of de ondernemer de procedurele voorschriften van artikel 25 WOR heeft nageleefd. Als tweede argument wordt door de rechtbank aangevoerd dat het faillissement van de rechtspersoon niet noodzakelijkerwijs ook de beëindiging van de werkzaamheden van de door haar gedreven onderneming met zich brengt. Dit argument overtuigt mij wel. Door Slagter wordt betoogd dat aangifte van eigen faillissement in feite gelijk staat aan een besluit tot beëindiging van de activiteiten van de onderneming.⁶¹ Aangezien het heel wel denkbaar is, dat de onderneming tijdens faillissement en ook daarna wordt voortgezet, deel ik deze visie niet; wanneer de curator zou besluiten tot sluiting van de onderneming dient het voornemen hiertoe aan de ondernemingsraad ter advisering voorgelegd te worden. Tenslotte is de rechtbank van oordeel dat, aangezien werknemers veelal ook individueel als schuldeisers van de vennootschap zullen optreden, zij op grond van artikel 10 Fw hun belangen bij verzet naar voren kunnen brengen. In deze redenering worden de rechten van individuele werknemers als schuldeisers vermengd met de rechten van de het collectief vertegenwoordigende ondernemingsraad.⁶² Een ander argument is, dat indien een advies gevraagd wordt en door de ondernemingsraad negatief wordt geadviseerd, de opschortingstermijn van een maand in acht genomen moet worden; dit leidt tot uitstel van de faillissementsaanvraag.

Wanneer het faillissement door de rechter is uitgesproken wordt de rechtspersoon nog niet ontbonden (art. 2:19 lid 1 sub c BW).⁶³ Ontbinding vindt plaats door opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel of wanneer de staat van insolventie intreedt. Indien er op het moment van ontbinding geen baten meer aanwezig zijn, houdt de rechtspersoon op te bestaan (art. 2:19 lid 4 BW). Na ontbinding blijft de rechtspersoon voortbestaan voorzover dit nodig is ter vereffening van zijn vermogen (art.

60 R. van het Kaar, *Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting* (Kluwer-Deventer 1993), bespreekt de argumentatie van het Hof bij deze uitspraak op blz. 170-171.

61 Slagter, *Compendium*, blz. 342; Van het Kaar, *op.cit.* (noot 60), blz. 171.

62 *Idem*: Van het Kaar, *op.cit.* (noot 60), blz. 171.

63 Deze ontbinding wordt door de curator ingeschreven in het register, artikel 2:19 lid 3 BW.

2:19 lid 5 BW). De rechtspersoon houdt op te bestaan op het moment waarop aan de rechtspersoon of aan de curator geen baten meer bekend zijn.

Bij de faillietverklaring wordt door de rechter een curator benoemd, die belast is met het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 Fw). De rechtspersoon verliest in geval van faillissement van rechtswege het beheer en de beschikking over zijn vermogen (art. 23 Fw).⁶⁴ Tijdens faillissement is het bestuur van de rechtspersoon niet bevoegd de boedel te binden; deze bevoegdheid komt toe aan de curator. Een en ander houdt niet in, dat de curator als orgaan van de rechtspersoon zou functioneren: hij kan de rechtspersonenrechtelijke bevoegdheden van de rechtspersoon niet uitoefenen.⁶⁵ De organen van de rechtspersoon blijven handelingsbevoegd, maar kunnen de boedel niet binden en dienen het faillissementsbeslag te respecteren.⁶⁶

De curator is bevoegd beslissingen te nemen omtrent de voortzetting van de met de rechtspersoon verbonden onderneming (art. 98 Fw). In het geval dat de curator de onderneming in stand houdt, kan hij als ondernemer in de zin van artikel 1 lid 1 sub d WOR worden aangemerkt.⁶⁷ De curator moet dan jegens de ondernemingsraad de verplichtingen uit de WOR naleven.⁶⁸ Van belang is de vraag of aan de ondernemingsraad tijdens faillissement een adviesrecht toekomt inzake overdracht van zeggenschap over (een onderdeel van) de onderneming of over de beëindiging van de werkzaamheden van

64 Van het Kaar, op.cit. (noot 46), blz. 63, is van mening, dat aangezien de curator bevoegd is tot handelingen van beheer en beschikking, zijn benoeming een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming inhoudt, zodat advies gevraagd moet worden op grond van artikel 25 lid 1 sub e WOR. Een gelijk standpunt nam hij in ten aanzien van de benoeming van de bewindvoerder in geval van surséance (zie noot 46). Niet geheel duidelijk is of Van het Kaar de besluiten tot aanvraag van surséance dan wel faillissement op deze grond adviesplichtig acht, of de benoemingsbesluiten van de bewindvoerder respectievelijk curator. Tegen de visie van Van het Kaar pleit, dat de benoeming van een bewindvoerder of curator de organisatie van de onderneming, de arbeidsorganisatie, niet hoeft te wijzigen. Wanneer Van het Kaar de benoemingsbesluiten adviesplichtig zou achten, zou daartegen ingebracht kunnen worden, dat benoeming niet plaatsvindt door de ondernemer in de zin van de WOR, maar door de rechtbank.

65 Kortmann, Preadvies (loc.cit. noot 47), blz. 112.

66 Kortmann, Preadvies (loc.cit. noot 47), blz. 107, 112.

67 S.C.J.J. Kortmann, De positie van de vennootschapsorganen, de ondernemingsraad en de curator tijdens faillissement, in: Van vennootschappelijk belang (Tjeenk Willink-Zwolle 1988), blz. 111 en tevens in zijn Preadvies, loc.cit. (noot 47), blz. 150, 151.

68 Kortmann geeft in zijn Preadvies (loc.cit. noot 47), blz. 152-153 een overzicht van de verschillende bevoegdheden en verplichtingen van de ondernemingsraad waarbij hij aangeeft of deze al dan niet voortbestaan tijdens faillissement.

(een onderdeel van) de onderneming. Kortmann betoogt, dat voorgenomen besluiten hiertoe adviesplichtig zijn en niet een typisch vereffeningskarakter dragen. Slechts in dat laatste geval zou verdedigd kunnen worden dat aan de ondernemingsraad geen adviesrecht toekomt.⁶⁹ Wel kan het zo zijn, dat de curator doordat hij snel moet beslissen, van de ondernemingsraad moet verlangen zijn advies binnen zeer korte termijn uit te brengen.⁷⁰ In dergelijke gevallen is verdedigbaar, dat op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid, onderdelen van artikel 25 WOR, zoals de opschortingstermijn, niet van toepassing zijn.⁷¹

Indien tijdens faillissement door de curator beslissingen worden genomen omtrent overdracht van (een onderdeel van) de onderneming, kunnen de SER-Fusiegedragsregels van toepassing zijn. Eén en ander is afhankelijk van de vraag of nog bedrijfsactiviteiten door de onderneming worden ondernomen. Expliciet is door de Commissie voor Fusieaangelegenheden overwogen, dat niet het faillissement zelf van doorslaggevende betekenis is voor de vraag of er ondernemingsactiviteiten worden ondernomen, maar dat daarvoor twee andere cumulatieve criteria gelden: bestaan er nog arbeidsovereenkomsten (art. 14 SER-Fusiecode) en wordt er feitelijk arbeid verricht, zodat er sprake is van een onderneming waarin daadwerkelijk activiteiten worden verricht.⁷² Later is deze overweging nog aangescherpt, en wordt overwogen dat:

69 Ter ondersteuning van zijn visie wijst Kortmann op de wetsgeschiedenis van artikel 25 WOR, waaruit niet blijkt dat aan dit artikel tijdens faillissement geen betekenis toekomt (zie zijn Preadvies, loc.cit. noot 47, blz. 125).

70 Mede hierom zal J.B. Huizink van mening zijn, dat een ondernemingsraad met het adviesrecht op grond van artikel 25 WOR tijdens faillissement eigenlijk een dode mus heeft. Daarom stelt hij voor artikel 69 Fw. ruimer te lezen en de ondernemingsraad de bevoegdheid te geven om, evenals de failliet en de schuldeisers, zich tot de rechter-commissaris te begeven met klachten over het handelen van de curator. (Interventie tijdens de jaarvergadering van de Vereeniging 'Handelsrecht', opgenomen in het Verslag van de vergadering 'Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu' (Tjeenk Willink-Zwolle 1994), blz. 47. Kortmann kan zich in deze gedachte niet vinden daar hij, naar mijn mening terecht, van mening is dat artikel 25 WOR tijdens faillissement voldoende te bieden heeft (Verslag, blz. 59). In verband hiermee wijs ik op J. Bloemarts, De positie van werknemers en hun vertegenwoordigers bij faillissement en surséance van betaling, SR 1988, blz. 184, waar wordt voorgesteld om artikel 69 Fw. in die zin te herzien, dat ook vakbonden en de ondernemingsraad tegen een handeling van de curator kunnen opkomen bij de rechter-commissaris.

71 Preadvies, loc.cit. (noot 47), blz. 156.

72 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 82-83.

"Beslissend voor de toepasselijkheid van de code is het antwoord op de vraag of activa van de betreffende onderneming door de verwerver worden verkregen als een zodanig samenhangend geheel, dat deze de met die activa uitgeoefende ondernemingsactiviteiten als een werkzaam organisatorisch verband kan handhaven en/of voortzetten."⁷³

In een faillissementssituatie kan er, net als in geval van surséance van betaling, sprake zijn van omstandigheden die rechtvaardigen dat de voorschriften van artikel 18 Fusiecode niet geheel naar behoren worden nageleefd.⁷⁴ Het is echter niet zo, dat het enkele feit dat een faillissement wordt aangevraagd, overmacht oplevert om de voorschriften van de SER-Fusiecode na te leven.⁷⁵

Zeer wel denkbaar is, dat de in faillissement verkerende rechtspersoon zijn schuldenaren een akkoord aanbiedt (art. 138 Fw). In een dergelijk akkoord zullen naar alle waarschijnlijkheid aangelegenheden zijn opgenomen, die op grond van 25 WOR aan adviesplicht van de ondernemingsraad zijn onderworpen. Aangezien de rechtspersoon en niet specifiek de curator het initiatief neemt tot een akkoord, lijkt mij verdedigbaar dat door de ondernemer advies gevraagd moet worden aan de ondernemingsraad over de in het akkoord opgenomen adviesplichtige besluiten.

Het kan betwijfeld worden, of de raad van commissarissen nog rechten op grond van de structuurregeling kan uitoefenen tijdens faillissement. De besluiten die op grond van artikel 2:164 BW door het bestuur slechts met goedkeuring van de raad van commissarissen genomen kunnen worden, hebben immers grotendeels betrekking op het vermogen van de rechtspersoon. Indien het bestuur een dergelijk besluit neemt, kan het de boedel niet binden; goedkeuring van dergelijke besluiten is zinloos. Kortmann merkt op, dat de curator ook een aantal van de besluiten uit artikel 2:164 lid 1 BW zelfstandig kan nemen. In dat geval is geen goedkeuring van de raad van commissarissen vereist.⁷⁶

Uit het bovenstaande blijkt, dat zowel de aangifte van surséance van betaling als het aanvragen van faillissement door de rechtspersoon niet adviesplichtig zijn op grond van artikel 25 WOR. Indien in deze sprake is van een bestuursbesluit van een structuurrechtspersoon dient de raad van commissaris-

73 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 86.

74 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 84.

75 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 220.

76 Kortmann, Preadvies, loc.cit. (noot 47), blz. 145.

sen goedkeuring te verlenen. Wanneer de activiteiten van de onderneming tijdens surséance van betaling en faillissement worden voortgezet, is de ondernemingsraad in principe gerechtigd zijn aan de WOR ontleende rechten uit te oefenen, en komen aan de vakorganisaties de rechten toe op grond van de SER-Fusiegedragsregels.

7.5 Herstructurering van de ondernemer

7.5.1 Algemeen

Tegenover samenwerking en fusie bestaan er allerlei vormen van herstructurering. Een ontvlechting vormt een voorbeeld van een herstructurering. Herstructurering van een ondernemer of concern kan in de eerste plaats geschieden door middel van verkoop van een onderneming of een ondernemer-rechtspersoon aan een andere ondernemer, door juridische fusie van een concern dochter met een andere dochtermaatschappij⁷⁷, en door verzelfstandiging.

Verkoop kan in allerlei vormen plaatshebben. Het kan gaan om een betrekkelijk kleine afslanking, bijvoorbeeld het afstoten van een bepaalde afdeling binnen een bedrijf. Daarnaast kan een heel filiaal worden verkocht of is het mogelijk dat binnen een concern een dochtervennootschap wordt verkocht. Deze constructies komen aan de orde in paragraaf 7.5.3. Een specifieke vorm van herstructurering is de sterfhuisconstructie, deze wordt in paragraaf 7.5.4 besproken.

Van verzelfstandiging is sprake indien een onderdeel van een onderneming juridisch en organisatorisch wordt losgemaakt, om het vervolgens als zelfstandige onderneming voort te zetten.⁷⁸ Een verzelfstandiging kan bijvoorbeeld plaatsvinden door het oprichten van een afzonderlijke dochtermaatschappij⁷⁹, ook kan verzelfstandiging geschieden in de vorm van een

77 Zie voor juridische fusie paragraaf 6.4.

78 Deze omschrijving is ontleend aan: R.A.P. Annink, *Verzelfstandiging* (Van Gorcum- Assen Maastricht 1990), blz. 9. Ik wijs erop dat in deze definitie het begrip 'onderneming' niet in de WOR-betekenis wordt gebruikt.

79 Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 1983, NJ 1984, 793 (noot Maeijer).

management buy-out.⁸⁰ Aan deze laatste vorm van verzelfstandiging wijdt ik paragraaf 7.5.5.

Het Nederlandse recht kent, in tegenstelling tot enkele Europese landen, geen wettelijke regeling voor de juridische splitsing. Door de wetgever worden vanaf het voorjaar van 1995 initiatieven ondernomen om tot een dergelijke regeling te komen. In de volgende paragraaf (7.5.2) laat ik een aantal aspecten van splitsing de revue passeren.

7.5.2 *Splitsing*

In de ontwerptekst voor de derde EG-richtlijn inzake de juridische fusie, was oorspronkelijk ook een regeling inzake de juridische splitsing vastgelegd. Deze figuur is later overgebracht naar een aparte regeling: de zesde richtlijn inzake het vennootschapsrecht.⁸¹ In tegenstelling tot de overige richtlijnen van de EG inzake harmonisatie van het vennootschapsrecht heeft de zesde richtlijn een vrijblijvend karakter.⁸² In Nederland is een wettelijke splitsingsregeling op dit moment nog niet van kracht; initiatieven worden hiertoe momenteel door de wetgever ondernomen.⁸³ Aangezien nog geen wetsvoorstel bij de Tweede Kamer is ingediend, is nog niet geheel duidelijk op welke wijze de wetgever de juridische splitsing vorm zal geven.⁸⁴ Om deze reden beperk ik mij tot een summiere behandeling van de zesde richtlijn.⁸⁵

80 Van verzelfstandiging is bijvoorbeeld ook sprake indien een overheidsdienst wordt geprivatiseerd, denk aan de PTT of de Nederlandse Spoorwegen. Dergelijke privatiseringen blijven hier onbesproken. Voor een overzicht van de onderlinge gradatieverschillen tussen verzelfstandigingsvormen verwijs ik naar Annink, op.cit. (noot 78), blz. 10.

81 Zesde richtlijn van de Raad van 17 december 1982, PB EG nr. L van 31 december 1982, blz. 47.

82 M.J.G.C. Raaijmakers, Naar een wettelijke regeling van de (af-)splitsing, in: *Iusta Causa* (Tilburg University Press-Tilburg 1992), blz. 80-86.

83 Met een concept-wetsvoorstel werd in mei 1995 door de regering ingestemd. Het wetsvoorstel lag in januari 1996 ter advisering bij de Raad van State.

84 Zo beperkt de zesde richtlijn zich tot splitsing van vennootschappen. Wellicht zal, evenals dat bij juridische fusie geschiedde, de Nederlandse wetgever de werkingssfeer van een splitsingsregeling tot meer rechtsvormen laten uitstrekken.

85 Vergelijk over splitsing: M.J.G.C. Raaijmakers, Over splitsing van vennootschappen, in: *Jurist in bedrijf* (Opstellen van bedrijfsjuristen bij het 50-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, Kluwer-Deventer 1980), blz. 119-151 en Y. Scholten, Juridische splitsing van vennootschappen, in: *Goed & Trouw* (Opstellen aangeboden aan W.C.L. van der Grinten, Tjeenk Willink-Zwolle 1984), blz. 217-234.

Juridische splitsing is te omschrijven als de rechtsfiguur waarbij door één rechtshandeling bewerkstelligd kan worden dat een vennootschap zich door middel van een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders opsplitst⁸⁶, waarna het vermogen van de vennootschap onder algemene titel overgaat op de nieuwe vennootschappen volgens de in het splitsingsvoorstel vastgelegde 'toedeling'.⁸⁷

In de zesde richtlijn worden drie vormen van splitsing onderscheiden:

- a. Splitsing door overneming (hoofdstuk I zesde richtlijn).
- b. Splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen (hoofdstuk II zesde richtlijn).
- c. Met splitsing gelijk te stellen rechtshandelingen (hoofdstuk IV zesde richtlijn).

In artikel 2 lid 1 van de richtlijn wordt splitsing door overname als volgt gedefinieerd:

"de rechtshandeling waarbij het vermogen van een vennootschap, zowel rechten als verplichtingen, als gevolg van haar ontbinding zonder vereffening, in zijn geheel op verscheidene vennootschappen overgaat tegen uitreiking aan de aandeelhouders van gesplitste vennootschap, van aandelen van de vennootschappen die delen in het gesplitste vermogen (...) eventueel met bijbetaling in geld welke niet meer mag bedragen dan 10% van de nominale waarde of (...) van de fractiewaarde van de uitgereikte aandelen."

Onder splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen wordt verstaan (artikel 21 lid 1):

"de rechtshandeling waarbij het vermogen van een vennootschap, zowel rechten als verplichtingen, als gevolg van ontbinding zonder vereffening, in zijn geheel op verscheidene nieuw opgerichte vennootschappen overgaat tegen uitreiking aan de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap van aandelen van de verkrijgende vennootschappen eventueel met een bijbetaling in geld welke niet meer mag bedragen dan 10% van de nominale waarde of (...) van de fractiewaarde van de uitgereikte aandelen."

In de artikelen 24 en 25 van de richtlijn worden twee met splitsing gelijkgestelde rechtshandelingen genoemd. Allereerst het geval dat de nationale wetgeving van een Lid-Staat toestaat de splitsing door overneming met bijbetaling van meer dan 10% of ten tweede het geval waarin men een

86 De aandeelhouders krijgen dan voor hun aandeel in de oude vennootschap twee aandelen in de 'nieuwe' vennootschappen.

87 Vergelijk M.J.G.C. Raaijmakers, Splitsing van rechtspersonen, Dossier ondernemingsrecht 1994/18, blz. 47.

splitsing door overneming toestaat zonder dat de gesplitste vennootschap ophoudt te bestaan.

Wil men tot een vorm van splitsing komen, dan moet door de bestuurs- of leidinggevende organen van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen een schriftelijk splitsingsvoorstel opgesteld worden (art. 3 richtlijn).⁸⁸

Voor splitsing is minimaal goedkeuring vereist van de algemene vergadering van elke vennootschap die deelneemt aan de splitsing (art. 5 richtlijn).⁸⁹

De Nederlandse wetgeving zal de juridische splitsing van NV en BV gaan regelen. Daarbij zullen twee vormen van splitsing in de wet worden vastgelegd. De zogenaamde *zuivere splitsing*, waarbij het hele vermogen van een vennootschap over gaat op twee of meer andere vennootschappen; de splitsende vennootschap houdt op te bestaan. Daarnaast zal de zogenaamde *af-splitsing* worden geregeld, waarbij de splitsende vennootschap blijft bestaan, en de aandeelhouders van deze vennootschap tevens aandeelhouder worden in de verkrijgende vennootschap. Afsplitsing kan ook plaatsvinden doordat een vennootschap een gedeelte van haar vermogen doet overgaan op een nieuw opgerichte 100%-dochtermaatschappij.⁹⁰

Wanneer een splitsingsregeling in Nederland van kracht wordt dan lijkt mij advies van de ondernemingsraad verplicht op grond van artikel 25 lid 1 sub a WOR (overdracht van zeggenschap over de onderneming).⁹¹ Indien de splitsingshandeling een verkrijging van zeggenschap tot gevolg heeft, dan zullen in geval van zeggenschapsverkrijging in de zin van de Fusiegedragsregels, de vakorganisaties een rol kunnen spelen.⁹² Splitsing van een vennootschap kan ook een splitsing van de met deze vennootschap verbonden onderneming tot gevolg hebben. Een dergelijke splitsing kan gevolgen hebben voor de inrichting van de medezeggenschap en de instelling van een

88 Zie voor een gedetailleerde opsomming van de inhoud van het splitsingsvoorstel artikel 3 van de richtlijn. De deponering van het splitsingsvoorstel, het door de leidinggevende organen op te stellen schriftelijk verslag etc. laat ik onbesproken. Zie hierover Raaijmakers, loc.cit. (noot 85), nrs. 4 en 5.

89 Zie Raaijmakers, loc.cit. (noot 85), nr. 8.

90 Zie voor een samenvatting van het wetsvoorstel NJB 1995, blz. 984.

91 Zie in deze zin ook: Raaijmakers, Dossier ondernemingsrecht, blz. 51.

92 Vergelijk Raaijmakers, loc.cit. (noot 85), nr. 6. Daar wordt opgemerkt, dat de belangen van werknemers in artikel 11 van de richtlijn gewaarborgd worden door de Richtlijn behoud Werknemersrechten, waaraan in Nederland uitvoering is gegeven in de artikelen 7A:1639aa-dd BW, zie paragraaf 3.4 hierboven.

ondernemingsraad. Deze problematiek speelt, zoals in hoofdstuk 10 nader aan de orde zal komen, een belangrijke rol bij de in 1994 in Duitsland van kracht geworden splitsingswet: de *Umwandlungsgesetz*.⁹³

Indien er sprake is van splitsing van een structuurvennootschap, dan is voornamelijk het besluit daartoe niet onder de opsomming van artikel 2:164 lid 1 BW te brengen.⁹⁴

7.5.3 Verkoop van (een onderdeel van) een onderneming of ondernemer

Verkoop van een onderdeel van een onderneming

In het kader van een ontvlechting is het mogelijk, dat men een gedeelte van de onderneming (de arbeidsorganisatie) wenst af te stoten. Een dergelijke verkoop kan plaatsvinden door middel van overdracht van een aantal vermogensbestanddelen via een activa/passivatransactie. Bij verkoop van een onderdeel van de onderneming kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het afstoten van een bepaalde produktielijn of een transportafdeling.

Wil er sprake zijn van een adviesrecht van werknemers op grond van de WOR, dan is noodzakelijk dat er sprake is van een overdracht die gekwalificeerd kan worden als een overdracht van zeggenschap over een onderdeel van de onderneming (art. 25 lid 1 sub a WOR). De WOR kent elders het begrip 'onderdeel' als aanknopingspunt voor de inrichting van de medezeggenschap.⁹⁵ Van een 'onderdeel' van de onderneming is dan sprake bij een

93 In dit verband is de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake Cebeco Handelsraad, Hof Amsterdam (OK) 21 september 1995, JAR 1995, 212; SR 1995, blz. 344-345 (commentaar Van het Kaar) vermeldenswaardig. In deze uitspraak oordeelde de Ondernemingskamer, dat het enkele feit dat een reorganisatiebesluit (i.c. een samenvoeging van een aantal ondernemingen in een BV) waartoe de ondernemer in redelijkheid heeft kunnen besluiten *medezeggenschap vermindert* (cursivering van mij, JR), in het algemeen niet met zich mee brengt dat reeds daarom het reorganisatiebesluit als kennelijk onredelijk moet worden aangemerkt; bijzondere omstandigheden die dat in dit geval anders zouden maken, zijn niet aannemelijk geworden.

94 We zien hier een parallel met de juridische fusie. Ook een besluit daartoe is als zodanig niet onder de opsomming van artikel 2:164 BW te brengen; wel is de raad van commissarissen bij de juridische fusie betrokken, artikel 2:326 lid 2 BW; verwacht mag worden, dat boek 2 bij invoering van de splitsingsregeling gewijzigd zal worden.

95 Zie artikel 4 WOR; de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kwalificeerde in een uitspraak een nieuw geformeerde verkoopdivisie als onderdeel van een onderneming, daar deze als een operationele eenheid optrad, waarin de belangen van de medewerkers parallel lopen, zodat het voor een goede toepassing van de WOR wenselijk is, dat de gezamenlijke verkoopafdelingen als één afzonderlijke onderneming worden aangemerkt (Minister SoZaWe 22 juni 1983, ROR 1971-1984, 10).

functionele groep van in de onderneming werkzame personen, die binnen die onderneming op zichzelf een afzonderlijk organisatorisch verband vormt, zonder echter zelfstandig naar buiten op te treden. Gedacht kan daarbij worden aan fabricage-afdelingen, verkoopafdelingen of personeelsafdelingen.⁹⁶ Honée noemt als voorbeelden de technische dienst, een fabriek of een researchlaboratorium van een onderneming.⁹⁷

Uit de wetsgeschiedenis van artikel 25 lid 1 sub a WOR blijkt, dat in het voorlopig verslag bij het ontwerp voor de WOR 1971 is voorgesteld het 'onderdeel van de onderneming' toe te voegen.⁹⁸ Deze toevoeging wordt door de Minister overgenomen.⁹⁹ In het wetsontwerp voor de WOR 1979 is de passage gehandhaafd; tijdens de behandeling van het ontwerp komt de formulering niet aan de orde bij artikel 25 lid 1 sub a WOR, maar wel bij artikel 25 lid 1 sub b WOR.¹⁰⁰ Ook bestaat er geen rechtspraak waarin de zinsnede 'onderdeel van de onderneming' in het kader van artikel 25 lid 1 sub a WOR nader is geconcretiseerd.¹⁰¹

In de SER-Fusiecode is fusie in artikel 14 lid 1 omschreven als:

"Verkrijging van de zeggenschap (...) over de activiteiten van een onderneming of een gedeelte daarvan."

96 Inzicht, blz. 35 (alwaar bespreking art. 4); deze toelichting is ontleend aan de Memorie van Toelichting bij de WOR 1971, Tweede Kamer 1969-1970, 10 335, nr. 3, blz. 15.

97 H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen* (Kluwer-Deventer 1983), blz. 85; Door het Hof Amsterdam (OK) 22 oktober 1987, ROR 1987, 31 (Vijverdal) werd een laboratorium aangemerkt als onderdeel van een onderneming, in dezelfde zin: Mellema/Schoenmaker BV, Ktg. Zaandam 16 juni 1994, JAR 1994, 161; SR 1994, blz. 298-299 (commentaar Van het Kaar).

98 Tweede Kamer 1969-1970, 10 335, nr. 5, blz. 16.

99 Tweede Kamer 1969-1970, 10 335, nr. 6, blz. 15.

100 Tijdens behandeling van de WOR 1979 in de Eerste Kamer, merkt Minister Albada op naar aanleiding van het begrip 'onderdeel' in artikel 25 lid 1 sub b WOR, dat daarmee is bedoeld een 'permanente organisatorische eenheid', vergelijk Handelingen Eerste Kamer 3 juli 1979, blz. 1256.

101 Wel kwam in de uitspraak HHD Philips, Hof Amsterdam (OK) 21 juli 1988, NJ 1989, 461; ROR 1988, 28, het begrip 'onderdeel' in artikel 7A:1639aa BW ter sprake. In casu was een dienstverlenend bedrijfs onderdeel (schoonmaakwerkzaamheden) anders dan de ondernemingsraad betoogde, als onderdeel van de onderneming (art. 7A:1639aa BW) aan te merken. Ook in de uitspraak van de Hoge Raad inzake Aegon (Aegon, HR 16 maart 1994, NJ 1994, 561) kwam een 'onderdeel van de onderneming' zijdelings ter sprake; in het kader van een reorganisatie waren verschillende opties denkbaar, waaronder het afstoten van de activiteiten van een bepaald segment. Door partijen wordt dit segment als een 'onderdeel van de onderneming' aangemerkt.

Anders dan in artikel 25 lid 1 sub a WOR wordt hier gesproken van een 'gedeelte' in plaats van een 'onderdeel' van de onderneming. Uit uitspraken van de Commissie voor Fusieaangelegenheden blijkt, dat met 'gedeelte van een onderneming' een afgerond deel van de activiteiten van de onderneming wordt bedoeld.¹⁰² De Commissie voor Fusieaangelegenheden is van mening dat van verkrijging van zeggenschap over een 'gedeelte van de onderneming' sprake is, indien uitgaverechten van een tijdschrift worden overgedragen. De Commissie voegt daaraan toe, dat als een bepaalde aanwijsbare activiteit, een duidelijk omlinjd bedrijfsobject wordt overgedragen aan een andere onderneming de Fusiegedragsregels van toepassing zijn. Dat is ook het geval indien er geen werknemers 'mee gaan'.¹⁰³ Daarnaast hanteert de Commissie voor Fusieaangelegenheden als criterium, dat door de verkoper zodanige rechten worden overgedragen en zodanige medewerking aan de koper verleend wordt, dat deze in staat is de plaats van de verkoper op de markt van de betrokken goederen of diensten in te nemen.¹⁰⁴ Ook is er sprake van fusie in de zin van de Fusiecode indien er weliswaar een afgerond onderdeel van de activiteiten van een onderneming wordt overgedragen, maar dit slechts een gering onderdeel vormt van de totale activiteiten van de onderneming.¹⁰⁵ Ook de overdracht van een dealerschap is als fusie aangemerkt.¹⁰⁶ Geen fusie is de overgang van een aantal leden van een inkoopcombinatie naar een andere soortelijke combinatie. Ook de overdracht van een bedrijfspand is geen fusie in de zin van de Code, in het geval dat er geen bedrijfsactiviteiten door de koper werden overgenomen.¹⁰⁷

Uit de uitspraken blijkt, dat de Commissie de formulering 'gedeelte van de onderneming' zeer ruim interpreteert. Met name de beslissing dat een verkoop van uitgaverechten van een tijdschrift zonder overgang van werknemers als fusie kan worden aangemerkt, is in de literatuur, mijns inziens

102 L. Timmerman, De reikwijdte van Hoofdstuk II van de Fusiegedragsregels, in: De toekomst van de Fusiegedragsregels (Tjeenk Willink-Zwolle 1992), blz. 103-104.

103 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 98. Daaraan wordt nog toegevoegd, dat het gedeelte der activiteiten dat wordt overgedragen, niet zozeer als een afgerond geheel beschouwd wordt, omdat het concreet onderscheiden van andere werkzaamheden wordt verricht, als wel omdat de betrokken werkzaamheden gecoördineerd ten aanzien van een bepaald object worden verricht.

104 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 99-100.

105 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 100.

106 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 100.

107 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 100 respectievelijk blz. 101.

terecht, bestreden.¹⁰⁸ Een dergelijke interpretatie laat ruimte om bijvoorbeeld de overdracht van industriële en intellectuele eigendomsrechten als fusie aan te merken, zodat er vaagheid ontstaat over de toepasselijkheid van de Code.¹⁰⁹ Uniken Venema stelt dan ook voor om de Code slechts van toepassing te laten zijn, indien met de overdracht van het intellectueel eigendomsrecht, tevens werknemers overgaan.¹¹⁰

Een nadere invulling van het criterium onderdeel c.q. gedeelte van de onderneming kan ontleend worden aan de uitspraken gedaan door het Hof van Justitie en de Nederlandse rechter bij de interpretatie van de 'overgang van een onderneming of een onderdeel daarvan', zoals opgenomen in artikel 7A:1639aa lid 1 sub a BW.¹¹¹ Onder onderneming moet volgens artikel 7A:1639aa lid 1 sub a BW een dienst of instelling verstaan worden. Daarbij is bedoeld op 'alle organisaties gericht op voortbrenging of levering van goederen of verlening van diensten, ongeacht of het winststreven daarbij een rol speelt'; noodzakelijk is, dat van een arbeidsorganisatie gesproken kan worden.¹¹² Uit de rechtspraak is duidelijk, dat de mate waarin activa overgedragen worden, steeds minder belangrijk is. Van Vliet geeft dan ook uiteindelijk de volgende definitie van het begrip onderneming: een bepaalbare eenheid van één of meer activiteiten die bron van één of meer arbeidsverhoudingen kunnen zijn.¹¹³ Het ondernemingsbegrip uit de artikelen 7A:1639aa e.v. BW vertoont duidelijk overeenkomst met de ondernemings-

108 C.A.E. Uniken Venema, Bescherming werknemersbelangen bij fusies, in: *Herziening van de Fusiecode* (Tjeenk Willink-Zwolle 1994), blz. 200-204.

109 Uniken Venema, loc.cit. (noot 108), blz. 202.

110 Uniken Venema, loc.cit. (noot 108), blz. 202. Daarom wordt voorgesteld de woorden 'de activiteiten van' te schrappen, zodat 'een gedeelte van' rechtstreeks van toepassing is op de onderneming; vergelijk blz. 203-204.

111 Deze artikelen werden hierboven in hoofdstuk 3 (par. 3.4) besproken. Zij zijn in 1981 in werking getreden, en vormen de implementatie van de Richtlijn inzake de onderlinge aanpassing van de wetgeving der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan; PB EG nr. L 61 van 5 maart 1977, blz. 26.

112 Vergelijk M.J. van Vliet, *Overgang van een onderneming* (Gouda Quint-Arnhem 1994), blz. 22. Het voert te ver hier uitgebreid in te gaan op het begrip onderneming in artikel 7A:1639aa BW; ik verwijs daarom naast het hier genoemde boek van Van Vliet naar: A.M. Luttmer-Kat, *Wanneer is er sprake van overgang van een onderneming*, TVVS 1994, blz. 197-201 met een uitgebreid overzicht van relevante jurisprudentie en C.H.J. van Leeuwen/W.J.M. van Tongeren, *Enkele overgang-van-een-onderneming actualiteiten*, *ArbeidsRecht* 1995, nr. 6/7, blz. 9-11.

113 Van Vliet, op.cit. (noot 112), blz. 24.

begrippen uit de WOR en de SER-Fusiegedragsregels.¹¹⁴ Van een 'onderdeel' van de onderneming is sprake bij een 'min of meer zelfstandig deel van de ondernemingsactiviteit waarmee bepaalde werknemers of een bepaalde groep werknemers verbonden zijn'.¹¹⁵ Niet is vereist dat de werknemers een arbeidsorganisatie vormen, die zonder als zodanig naar buiten op te treden toch als een interne zelfstandige eenheid kan worden beschouwd.¹¹⁶ In de uitspraak van het Hof van Justitie inzake Redmond Stichting is de formulering 'overgang van ondernemingen, vestigingen of een onderdelen daarvan' nader ingevuld. Overwogen wordt (r.o. 31) dat:

"(...) bedoeld begrip ziet op het geval dat de identiteit van de betrokken eenheid bewaard is gebleven. Om vast te stellen of er sprake is van overgang (...) moet, gelet op alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, worden beoordeeld, of de uitgeoefende functies door de nieuwe rechtspersonen met dezelfde of soortgelijke activiteiten daadwerkelijk worden voortgezet of hervat, waarbij activiteiten van bijzondere aard die een zelfstandi-

114 Van Vliet, op.cit. (noot 112), blz. 22-23 (WOR) en blz. 127-128 (Fusiecode); het voornaamste verschil tussen het ondernemingsbegrip uit artikel 7A:1639aa BW en dat uit WOR en Fusiecode is, dat deze laatste twee regelingen vereisen dat er sprake is van een als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband; daarnaast vereist de SER-Fusiecode dat er minimaal 100 werknemers in de onderneming werkzaam zijn, wil er sprake zijn van toepasselijkheid van de regeling (Van Vliet, blz. 127). Zie over de verschillende ondernemingsbegrippen ook: S.C.J.J. Kortmann, Artikel 1639aa e.v. BW, NV 60 (1982), blz. 184-185.

115 Van Vliet, op.cit. (noot 112), blz. 26; hij noemt als voorbeelden uit rechtspraak en literatuur: een foto- of reparatie-afdeling binnen een warenhuis, een vervoersafdeling, een kantinedienst.

116 W.J.P.M. Fase, De Wet overgang van ondernemingen en de rechtspositie van de betrokken werknemers, SMA 1983, blz. 349. Zie bijvoorbeeld Parkhotel, Ktg. Rotterdam 8 februari 1994, JAR 1994, 57 waarin de Kantonrechter overwoog dat de organisatie van de schoonmaakdienst (...) niet als zelfstandig onderdeel van het Parkhotel aangemerkt kon worden, omdat uit de overgelegde stukken niet voldoende zeker was, dat er sprake was van een onderdeel, dat qua gezagsstructuur en financieel in niet onbetekenende mate onafhankelijk opereerde binnen de organisatie van het Parkhotel. De directie oefende rechtstreeks toezicht uit op het schoonmaken en stelde het schoonmaakplan vast. Ook stond het schoonmaakwerk niet los van de overige exploitatiewerkzaamheden en was er geen sprake van een afzonderlijk budget voor de schoonmaakdienst waarop de betreffende onderdeelmanagers in betekenende mate invloed hadden. Uit de uitspraak van de Ktg. Lelystad (5 februari 1995, JAR 1995, 69) blijkt, dat indien een stichting die volwasseneneducatie verzorgt een kinderopvang in stand houdt, deze kinderopvang is te beschouwen als 'onderdeel van de onderneming'.

ge doelstelling vormen, eventueel kunnen worden gelijkgesteld met vestigingen of onderdelen daarvan in de zin van de richtlijn." ¹¹⁷

In het najaar van 1994 is door de Raad een nieuw voorstel ingediend ter harmonisatie van de wetgeving van de Lid-Staten in geval van overgang van onderneming. ¹¹⁸ De ontwerp-richtlijn is opgesteld om een aantal begrippen uit de vorige richtlijn te verduidelijken in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. ¹¹⁹ Met name het rechtsbegrip 'overgang' is verduidelijkt. ¹²⁰

Overdracht van een gedeelte van een arbeidsorganisatie binnen een structuurrechtspersoon levert naar mijn mening geen bestuursbesluit op dat goedkeuring behoeft op grond van artikel 2:164 lid 1 BW.

117 Sophie Redmond Stichting, Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 19 mei 1992, NJ 1992, 476. Zie over deze uitspraak: A.M. Luttmer-Kat, Wanneer is er sprake van overgang van onderneming? TVVS 1994, blz. 197-201 en Van Vliet, op.cit. (noot 112), blz. 47-49.

118 Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, PB EG nr. C 274 van 1 oktober 1994, blz. 10; een advies van het Economisch en Sociaal Comité is verschenen in PB EG nr. C 133 van 31 mei 1995, blz. 13; vergelijk over dit voorstel: W.J. Oostwouder, Nieuwe mogelijkheden voor 'contracting out services' en voor overdracht van insolvente ondernemingen? SMA 1996, blz. 6-21.

119 Met name de uitspraak Christel Schmidt, Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 14 april 1994, NJ 1995, 149; JAR 1994, 107; TVVS 1994, blz. 137-138 (met commentaar Mok) wordt geacht aanleiding te zijn voor dit richtlijn-voorstel, zie J.H. Bauer, EU-Richtlinienvorschlag zum Betriebsübergang, DB 1994, blz. 1982.

120 Het ontwerp-voorstel geeft de volgende tekst in artikel 1:

1. Deze richtlijn is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan op een andere ondernemer, geëffectueerd door een overeenkomst, door een regeling of door wetstoepassing, of door een rechterlijk bevel of een administratieve maatregel.

Wordt als overgang in de zin van deze richtlijn beschouwd de overgang van een functie die gepaard gaat met de overgang van een economische eenheid die haar identiteit behoudt. De enkele overgang van een functie van een onderneming, vestiging of onderdeel ervan, al dan niet rechtstreeks uitgeoefend, vormt op zich geen overgang in de zin van deze richtlijn.

2. (...)

3. Deze richtlijn is van toepassing op openbare of particuliere ondernemingen die een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winst oogmerk.

4. (...)

5. (...)

Duidelijk is, dat de afbakening van een gedeelte of onderdeel van een onderneming in de praktijk problemen oplevert. Opvallend is daarbij dat tot op heden geen interpretatieproblemen zijn gerezen met betrekking tot artikel 25 lid 1 WOR. Wel zijn die er regelmatig geweest op grond van de artikelen 1639aa e.v. en de SER-Fusiegedragsregels. Het blijkt niet gemakkelijk om vast te stellen of een bepaalde transactie een overgang van een onderdeel van de onderneming inhoudt. Met name de ruime interpretatie die de Commissie voor Fusieaangelegenheden toekent aan de zinsnede 'overdracht van een gedeelte van de onderneming' werkt onzekerheid in de hand. Naar mijn mening moet, wil er sprake zijn van een overdracht van een gedeelte of onderdeel van de onderneming, altijd een aantal werknemers overgaan die gezamenlijk ten behoeve van de uitoefening van een bepaalde functie of een bepaald doel georganiseerd zijn.

Overdracht van een onderneming

Indien door een ondernemer een onderneming in de zin van de WOR, veelal een vestiging of een filiaal, wordt overgedragen, dan zal er sprake zijn van overdracht van zeggenschap over de onderneming in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR, zodat aan de betrokken ondernemingsraad adviesrecht toekomt.¹²¹ Het advies moet in principe uitgebracht worden door de ondernemingsraad verbonden aan de onderneming die wordt overgedragen. Indien een centrale ondernemingsraad is ingesteld, zal het advies wanneer sprake is van een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang door de centrale ondernemingsraad worden uitgebracht. Van overdracht van een aantal ondernemingen (aan een BV) was sprake bij *Cebeco Handelsraad*.¹²²

Naar alle waarschijnlijkheid zullen in dit geval de SER-Fusiegedragsregels tevens van toepassing zijn, daar een andere ondernemer zeggenschap in de zin van de Code verkrijgt.

Goedkeuring van de raad van commissarissen van een structuurrechtspersoon zal niet altijd vereist zijn, daar overdracht van een arbeidsorganisatie als zodanig niet te brengen is onder de opsomming van goedkeuringsplichtige besluiten (art. 2:164 lid 1 BW). Wanneer de overdracht van de onderne-

121 Aan de betekenis van het begrip onderneming in artikel 1 lid 1 sub c WOR werd hierboven in hoofdstuk 1 (par. 1.2) al aandacht besteed.

122 *Cebeco Handelsraad*, Hof Amsterdam (OK) 21 september 1995, JAR 1995, 212; SR 1995, 344-345 (commentaar Van het Kaar). De uitspraak had met name betrekking op vermindering van medezeggenschap na de reorganisatie (zie daarover noot 93 hierboven) en adviesplichtigheid van nadere besluitvorming over beleidsvoornemens (zie hoofdstuk 1, par. 1.3.1 hierboven).

ming ingrijpende gevolgen mocht hebben voor de arbeidsomstandigheden van een aanmerkelijk aantal arbeiders van de vennootschap (of een afhankelijke maatschappij), dan is goedkeuring vereist op grond van artikel 2:164 lid 1 sub k BW.

Overdracht van een ondernemer-rechtspersoon

Van overdracht van een ondernemer is sprake, wanneer in concernverhoudingen een dochter(rechtspersoon) wordt vervreemd. Wanneer een ondernemer wordt overgedragen, is het zeer wel mogelijk, dat deze ondernemer een onderneming in stand houdt die tevens wordt overgedragen. In dat geval houdt overdracht van zeggenschap over de ondernemer dus tevens overdracht van zeggenschap over de onderneming in. Een vervreemding kan plaatsvinden door middel van een activa/passivatransactie of door aandelenoverdracht. Is geen centrale ondernemingsraad ingesteld dan wel betreft het geen gelegenheid van gemeenschappelijk belang, dan is de ondernemingsraad van de moeder vennootschap bevoegd advies uit te brengen op grond van artikel 25 lid 1 sub b WOR. De ondernemingsraad van de dochter heeft naar alle waarschijnlijkheid een adviesrecht op grond van artikel 25 lid 1 sub a WOR.^{123 124}

Verkoop van een dochter(rechtspersoon) zal een fusie in de zin van de SER-Fusiegedragsregels inhouden, als door een andere onderneming zeggenschap wordt verkregen.

Vervreemding van een dochtervennootschap zal binnen het structuurregime een goedkeuringsplichtig besluit vormen op grond van artikel 2:164 lid 1 sub d BW.¹²⁵

7.5.4 Sterfhuis- en ziekenhuisconstructies

Een sterfhuisconstructie is een juridisch proces, waarin ontvlechting plaatsvindt van in bedrijfseconomisch opzicht gezonde en niet gezonde onderdelen

123 Zoals bekend doen zich bij vervreemding van de ondernemer door middel van een aandelenoverdracht problemen voor met betrekking tot het adviesrecht van de aan de onderneming verbonden ondernemingsraad. Ik verwijs over deze kwestie naar hetgeen ik in paragraaf 1.8 en 6.2.2 hieromtrent heb opgemerkt.

124 Uit de uitspraak Aegon, HR 16 maart 1994, NJ 1994, 561; TVVS 1994, 192-193 (commentaar Rood) blijkt bijvoorbeeld advies gevraagd te zijn bij overdracht van een 100%-dochtervennootschap.

125 Ik verwijs naar hetgeen ik over deze bepaling in paragraaf 6.2.4 opmerkte.

van een in financiële moeilijkheden verkerend concern.¹²⁶ De constructie wordt met name gebruikt in het geval dat het gehele concern met faillissement wordt bedreigd, terwijl een aantal van zijn dochtermaatschappijen nog rendabel is. Gevolg van het gebruik van deze constructie is, dat niet een geheel concern in een faillissement wordt meegesleurd, maar dat de financiële gezonde onderdelen worden gespaard. In het begin van de tachtiger jaren kwamen sterfhuisconstructies in zwang. Een van de meest geruchtmakende affaires was ongetwijfeld OGEM, korte tijd later gevolgd door Heidemij.¹²⁷

De sterfhuisconstructie voltrekt zich grofweg als volgt. Er wordt door een concernmaatschappij een nieuwe houdstermaatschappij opgericht. De aandelen van deze nieuw opgerichte houdstermaatschappij worden volgestort door levering van de aandelen van de gezonde dochtermaatschappijen uit het concern. De aandelen van de nieuw opgerichte houdstermaatschappij worden gekocht door een extern opgerichte rechtspersoon, aanvankelijk veelal door een stichting.¹²⁸ Deze stichting wordt opgericht door de bank(en). De banken lenen geld aan de stichting voor de aankoop van de aandelen in de houdstermaatschappij. De concernmaatschappij heeft een vordering op de

126 H.J.M.N. Honée, De sterfhuisconstructie en de positie van aandeelhouders van de holdingvennootschap, NV 62 (1984), blz. 16. Er zal hier geen aandacht worden besteed aan de technische en tactische overwegingen die tot de sterfhuisconstructie kunnen leiden. Zie bijvoorbeeld: W.J. Slagter, De sterfhuisconstructie, TVVS 1983, blz. 25-31 en zijn bijdrage 'De sterfhuisconstructie en haar juridische aanvaardbaarheid' opgenomen in R.J. de Folter e.a., Overdracht van een onderneming (Kluwer-Deventer 1983), blz. 141-162. In deze bijdragen is de gang van zaken bij een sterfhuisconstructie in schema gebracht. Zie ook: H.G. van Everdingen, "Revival" van de sterfhuis-constructies, V&O 1991, blz. 64-66.

127 Vergelijk Slagter, De sterfhuisconstructie en haar juridische aanvaardbaarheid, loc.cit. (noot 126), blz. 152-157; J.J. Nagelkerke en B.M. Prins, De sterfhuisconstructie en de ontclechttingsproblematiek, in: R.J. de Folter e.a., Overdracht van een onderneming (Kluwer-Deventer 1983), blz. 183-187. Vergelijk voor de enquête-uitspraken inzake OGEM en Bredero hoofdstuk 3, par. 3.1 hierboven. Zie over OGEM ook: Dorresteyn (op.cit noot 8), blz. 86-100 alwaar een overzicht van kranteberichten en G.T.J. Hoff, Balanceren op de faillissementspauliana (NIBE Bankjuridische reeks deel 23, NIBE-Amsterdam 1995) die OGEM bespreekt (blz. 48-50) en (zeer gedetailleerd) Bredero (blz. 67-77).

128 Eventueel wordt nog een holding tussengeplaatst, vergelijk de sterfhuisconstructie van OGEM zoals beschreven door Slagter, De sterfhuisconstructie, loc.cit. (noot 126), blz. 25-26. Bezwaar tegen het gebruik van de stichting is het verbod respectievelijk de beperking tot het doen van uitkeringen: artikel 2:285 BW).

koper van de aandelen van de nieuwe houdstermaatschappij; deze vordering cedeert de concernmaatschappij aan de bank ter gedeeltelijke aflossing van de schulden van het concern aan de bank. Gevolg is dat de gezonde concernmaatschappijen buiten het in financiële moeilijkheden verkerende concern zijn komen te staan. In het in financiële moeilijkheden verkerende concern zijn de niet renderende dochtermaatschappijen achtergebleven. Gesproken wordt van het sterfhuis, dat surséance van betaling en vervolgens faillissement zal aanvragen. Wil de constructie succesvol zijn, dan zullen de gezonde dochters ontdaan moeten worden van de hoofdelijke aansprakelijkheid, die in het kader van concernfinanciering veelal op hen zal rusten.¹²⁹

Duidelijk is, dat deze constructie voor werknemers in het concern grote gevolgen kan hebben. Evident weinig rooskleurig is de positie van de werknemers die in het sterfhuis achterblijven. De eerste stap die in de sterfhuisconstructie wordt gezet, is de oprichting van de nieuwe houdstermaatschappij. Men kan zich afvragen of het besluit hiertoe aan de ondernemingsraad voorgelegd moet worden. Verdedigd kan worden, dat sprake is van een belangrijke wijziging in de organisatie van of in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming (art. 25 lid 1 sub e WOR).¹³⁰ Mijns inziens zal het oprichten van deze houdstermaatschappij op zichzelf veelal niet van invloed zijn op de binnen het concern aanwezige ondernemingen, zodat er geen adviesplicht op grond van artikel 25 lid 1 sub e WOR zal bestaan.

Binnen de structuurregeling is het besluit tot oprichting van een houdstermaatschappij onder omstandigheden te kwalificeren als een besluit tot het aangaan van een duurzame samenwerking met een andere rechtspersoon (art. 2:164 lid 1 sub d BW). Vereist is dat de samenwerking van ingrijpende betekenis is. Zo dat het geval is, is het besluit om de houdstermaatschappij op te richten onderworpen aan goedkeuring van de raad van commissarissen.

Een volgende stap is de overdracht van de aandelen in de gezonde dochtervennootschappen ter volstorting van de aandelen in de nieuwe houdstermaatschappij. Dit besluit is te kwalificeren als overdracht van zeggenschap in de onderneming (art. 25 lid 1 sub a WOR), en dus adviesplicht-

129 Anders dreigt nog regres; vergelijk hieromtrent H.P.J. Ophof, *Sanering en herstructurering van ondernemingen*, hoofdstuk 5.5, *Hoofdelijke aansprakelijkheid* (losbladig, Kluwer). Zie ook: L.E.H. Rutten, *Regresproblemen bij de sterfhuisconstructie*, in: *Van Vennootschappelijk Belang* (Opstellen aangeboden aan J.M.M. Maeijer, Tjeenk Willink-Zwolle 1988), blz. 515-529.

130 In deze zin: Van het Kaar, op.cit. (noot 60), blz. 182.

tig.¹³¹ De overdracht van zeggenschap over de dochtermaatschappijen zal, indien een centrale ondernemingsraad aanwezig is, gekwalificeerd kunnen worden als een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang. Tevens zal op grond van de SER-Fusiegedragsregels zeggenschap worden verkregen, zodat overleg gepleegd moet worden met de vakorganisaties. Wanneer de overdragende rechtspersoon is onderworpen aan de structuurregeling, zal goedkeuring van de raad van commissarissen ingevolge artikel 2:164 lid 1 sub d BW vereist zijn. Mijns inziens zal er geen twijfel over kunnen bestaan dat de overdracht van de gezonde dochters van ingrijpende betekenis is voor de structuurrechtspersoon. Ten slotte zal in het sterfhuis surséance van betaling en vervolgens faillissement worden verzocht. De ondernemersbesluiten hiertoe zijn niet aan advies van de ondernemingsraad, maar binnen structuurvennootschappen wel aan goedkeuring van de raad van commissarissen onderworpen, vergelijk paragraaf 7.4.

Niet alleen kan de 'uitvaart' van de gezonde dochters door middel van aandelenoverdrachten plaatsvinden, ook kan gekozen worden voor activa/passiva-transacties. Omdat in surséance de artikelen 7A:1639aa e.v. BW van toepassing zullen zijn, wordt deze wijze van 'uitvaart' minder aantrekkelijk gevonden.¹³²

In het begin van de jaren negentig kwam naar aanleiding van de deconfitures van Air Holland en HCS een nieuw soort constructie in de belangstelling, dat door Slagter werd getypeerd als de 'ziekenhuisconstructie'.¹³³ De kern van deze constructie is dat, anders dan bij de sterfhuisconstructie, activa en activiteiten verticaal worden verschoven. Er is sprake van een doorzakoperatie.¹³⁴ Belangrijk verschil met de sterfhuisconstructie is, dat de aandeelhouders betrokken blijven bij de gezonde onderdelen van het concern. Deze gezonde groepsmaatschappijen 'zakken door' naar een, eventueel nieuw op te richten, (klein)dochter. Tussen moeder en dochter worden

131 Vergelijk over de problemen in artikel 25 lid 1 sub a WOR in geval van een aandelenoverdracht paragraaf 6.2.2 hierboven.

132 Slagter, De sterfhuisconstructie (loc.cit. noot 126), blz. 27.

133 W.J. Slagter, De grote recente deconfitures: de ziekenhuisconstructie, TVVS 1992, blz. 219-223; tevens in zijn Compendium, blz. 487-490. Vergelijk ook: J.G.J. van der Burg, Ziekenbed in plaats van sterfhuis, De Accountant 1993, blz. 740-744 en C.L. Koppenol/H.C.J.G. Jansen, Ondernemingsrecht en faillissementsrecht, Recht voor economische en bedrijfskundige richtingen (tweede druk, Samson Tjeenk Willink-Alphen aan den Rijn 1994), blz. 209-210.

134 Vergelijk Slagter, De ziekenhuisconstructie (loc.cit. noot 133), blz. 219.

‘schotten’ geplaatst; die bestaan allereerst uit vermindering van de deelneming van de moeder- in de dochtervennootschap. Deze vermindering vindt plaats door afstempeling van de aandelen, hetgeen de medewerking van de oude aandeelhouders vereist.¹³⁵ Daarnaast moet de aansprakelijkheidsstelling ex artikel 2:403 BW van de moeder voor de dochtervennootschap worden beëindigd.¹³⁶ Slagter wijst erop, dat er nog een aantal cumulatieve maatregelen noodzakelijk is. Deze houden in, dat aan de oude schuldeisers een dwangakkoord wordt voorgelegd, waardoor de oorspronkelijke houdstermaatschappij (geholpen door banken en financiers) tegen finale kwijting een hoger percentage van de schulden aan de schuldeisers voldoet; tevens ontstaan nieuwe aandeelhouders die overwegende zeggenschap in de dochtervennootschap verwerven; de banken zetten een groot deel van hun vorderingen om in aandelenkapitaal en nemen daarnaast nieuwe aandelen. Deze transactie kan gepaard gaan met een terugkoopoptie of met de toekenning van opties of warrants aan oude aandeelhouders bij vergroting van het aandelenkapitaal in de toekomst.¹³⁷

Medezeggenschap ontstaat er voor de ondernemingsraad als de vermindering van de deelneming van de moeder- in de dochtervennootschap en verwerving van aandelen door nieuwe aandeelhouders een overdracht van zeggenschap in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR inhoudt.¹³⁸ Bij een dergelijke transactie zal er veelal tevens sprake zijn van een verkrijging van zeggenschap in de zin van de SER-Fusiegedragsregels, zodat aan de vakorganisaties op grond van de Code rechten toekomen.¹³⁹ Wanneer de structuurregeling van toepassing is op de rechtspersoon waarvan de activa ‘doorzakken’, is goedkeuring naar mijn mening vereist op grond van artikel 2:164 lid 1 sub e (ingrijpend verminderen van een deelneming).

135 Slagter in zijn artikel over de ziekenhuisconstructie, loc.cit. (noot 133), blz. 220. Uit de Air Holland-zaak blijkt, dat daar afstempeling tot 1/100ste van de nominale waarde heeft plaatsgevonden.

136 Slagter, loc.cit. (noot 133), blz. 221.

137 Slagter, loc.cit. (noot 133), blz. 221 en 223.

138 Zoals hierboven (par. 6.2.2) aan de orde kwam, kan sinds de uitspraak inzake *PUEM* overdracht van zeggenschap in de ondernemer gelijkgesteld worden met overdracht van zeggenschap over de onderneming; ook in de uitspraken van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad inzake *Heuga* vond gelijkstelling van de begrippen ondernemer en onderneming plaats.

139 Vergelijk hieromtrent ook Van het Kaar, op.cit. (noot 60), blz. 183, 184.

7.5.5 Management Buy-Out

Verzelfstandiging van een onderneming kan plaatsvinden in de vorm van een *management buy-out*. Van een management buy-out is sprake, indien de directie van een bedrijf of bedrijfsonderdeel (een deel van) het door haar geleide bedrijf overneemt door een substantiële deelname in het eigen vermogen, waardoor zij de zeggenschap over de onderneming¹⁴⁰ verkrijgt.¹⁴¹ Deze substantiële deelname in het kapitaal levert, zoals hieronder nog aan de orde komt, wel eens problemen op daar zij veelal moeilijk door de directie te financieren is. Vennootschapsrechtelijk kan het bestuur van de te verzelfstandigen vennootschap in een dubbelpositie komen te verkeren, daar het zowel de vennootschap vertegenwoordigt, als ook in de vennootschap wenst deel te nemen. Sprake zal kunnen zijn van een tegenstrijdig belang (art. 2:146 BW).¹⁴²

De management buy-out is in Nederland in de jaren tachtig in zwang gekomen. Aangezien management buy-outs niet geregistreerd worden, is het aantal moeilijk aan te geven. Uit onderzoek van Bruining en De Jong blijkt, dat in de periode 1980-1990 250 management buy-outs de landelijke (financiële) pers haalden.¹⁴³ Uit ditzelfde onderzoek is af te leiden, dat de eerste management buy-outs plaats hadden uit defensieve overwegingen: sanering van een concern (in moeilijkheden). Aan het eind van de jaren tachtig raken andere (offensieve) motieven op de voorgrond: concerns gaan zich meer richten op hun kernactiviteiten en verzelfstandigen daarom dochters die niet tot deze activiteiten bijdragen.¹⁴⁴

Verscheidende buy-out varianten worden onderscheiden. Wordt een management buy-out voor een zeer groot percentage gefinancierd met vreemd

140 Hier onderneming te verstaan als rechtspersoon of bedrijf, niet in de arbeidsorganisatorische betekenis die de WOR daaraan toekent.

141 Vergelijk J. Bruining en A.C. de Jong, De management buy-out in Nederland: Een overzicht, in: M.P.B. Bonnet/J. Bruining/A.C.C. Herfst, Handboek Management Buy Out (Kluwer Bedrijfswetenschappen-Deventer 1991), blz. 35.

142 Vergelijk A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen (Kluwer-Deventer 1989), blz. 104, en L. Timmerman, De dubbelrol in het (vennootschaps)recht, in: De dubbelrol in het vennootschapsrecht (Kluwer-Deventer 1993), blz. 7. Zie ook de management buy-out van Macintosh waarover Slagter in TVVS 1990, blz. 150-153 en Dorresteyn, TVVS 1990, blz. 185.

143 Bruining/De Jong, loc.cit. (noot 141), blz. 37; recenter gegevens zijn mij niet bekend.

144 Bruining/De Jong, loc.cit. (noot 141), blz. 41-44.

vermogen, dan is sprake van een *leveraged buy-out*.¹⁴⁵ Over het algemeen gaat de leveraged buy-out gepaard met aansprakelijkheidsstelling door of zekerheidsstelling van de over te nemen vennootschap jegens de verschaffer van het vreemd vermogen. De mogelijkheden voor een leveraged buy-out worden in Nederland beperkt door de artikelen 2:98c/207c BW, waarin een verbod is opgenomen voor de vennootschap zekerheden te stellen dan wel zich aansprakelijk te stellen, indien derden aandelen verkrijgen in de vennootschap.¹⁴⁶ Bij de NV geldt het verbod niet, indien aandelen of certificaten worden genomen door of voor rekening van arbeiders in dienst van de vennootschap (art. 2:98c lid 2 BW). Artikel 2:98c BW is per 1 januari 1994 in die zin gewijzigd, dat men in dit tweede lid moet lezen 'voor' in plaats van 'voor rekening van' werknemers.¹⁴⁷ Daarnaast is het niet langer noodzakelijk dat de aandelen of certificaten ter beurse zijn genoteerd. Een directeur van een vennootschap is te zien als 'arbeider in dienst van de vennootschap'¹⁴⁸, zodat deze wijziging ook gevolgen heeft voor de financiering van een management buy-out.¹⁴⁹

Het is ook mogelijk, dat de werknemers van een bedrijf deelnemen in de financiering van de verzelfstandiging.¹⁵⁰ Aan werknemers kan het aanbod

145 De financiering van een leveraged buy-out geschiedt in de buitenlandse praktijk wel door middel van de zeer risicovolle 'junk-bonds'. Aan deze financieringsvorm wordt hier geen aandacht besteed; verwezen wordt naar: R. W.Th. Norbruis, Juridische klippen bij de financiering van 'leveraged' overnemingen, NV 68 (1990), blz. 95-104; P.J.M. Buskermolen, 'Leveraged Buy-outs': welvaartscheppend of welvaartstransformerend? NV 69 (1991), blz. 42-48. Zie over de financiering van de leveraged buy-out tevens: M.A. Kok/P. van der Meijden, De leveraged buy-out, in: Handboek Management Buy-Out (Kluwer bedrijfswetenschappen-Deventer 1991), blz. 229-240.

146 De bepalingen voor NV en BV zijn niet gelijklopend. Ik verwijs naar het Handboek, nr. 317 en 317.1 en naar Asser-Maeijer 2 III, nr. 163. De consequenties van deze bepalingen in het kader van een leveraged buy-out en de interpretatie van deze artikelen laat ik hier verder onbesproken. Ik verwijs naar: Norbruis, loc.cit. (noot 145), blz. 96-101; W.J. Slagter, Vennootschapsrechtelijke aspecten van de management buy-out, in: Handboek Management Buy-Out (Kluwer Bedrijfswetenschappen-Deventer 1991), blz. 306-312 en A. Voûte, Aandelen voor werknemers (Kluwer-Deventer 1991), blz. 181-184, 187-198.

147 Wet werknemersparticipaties en winstdelings- en spaarregelingen voor werknemers, Stb. 1993, 573.

148 Zie (met literatuurverwijzingen) J.N. Schutte-Veenstra, Harmonisatie van het kapitaalbeschermingsrecht in de EEG (Kluwer-Deventer 1991), blz. 155-156.

149 Asser-Maeijer 2 III, nr. 163.

150 Voûte, op.cit. (noot 146), blz. 103 e.v.; R. Broos, Participatie in het aandelenkapitaal door werknemers, in: Handboek Management Buy-Out (Kluwer Bedrijfswetenschappen-Deventer 1991), blz. 261-265.

gedaan worden, deel te nemen in het aandelenkapitaal; gesproken wordt wel van een *employee buy-out*.¹⁵¹ Een dergelijke werknemersparticipatie kan op verschillende wijzen vorm krijgen. Zo is het denkbaar, dat gebruik gemaakt wordt van een spaarloonregeling.¹⁵² De *employee buy-out* komt in Nederland relatief weinig voor.¹⁵³

Ook kan een *buy-out* variant plaatsvinden, waarbij van een beursvennootschap de aandelen worden opgekocht, waarna deze vennootschap van de beurs wordt gehaald. Gesproken wordt van: *going private*.¹⁵⁴

De management *buy-out* wordt regelmatig vergeleken met de hierboven besproken sterfhuisconstructie. Toch zijn hier duidelijk verschillen; een sterfhuisconstructie vindt per definitie plaats in een concern dat in financiële problemen verkeert, terwijl een management *buy-out* heel wel kan plaatsvinden binnen een gezonde onderneming. Een management *buy-out* kan gebruikt worden, om een 'zieke' dochter te verzelfstandigen; bij sterfhuisconstructies worden nu juist 'gezonde' dochters uitgevaren.¹⁵⁵ Tenslotte vormt bij een sterfhuisconstructie, in tegenstelling tot een management *buy-out*, de

151 Buskermolen, loc.cit. (noot 145), blz. 43.

152 Onbesproken blijft hier de wijze waarop de werknemersparticipatie juridisch en fiscaal vorm krijgt. Ik verwijs hiervoor naar Broos, loc.cit. (noot 150), blz. 261, 262, Voûte, op.cit. (noot 146), C.W.M. van Ballegooijen, Fiscale aspecten van werknemersaandelen, NV 72 (1994), blz. 163-169 en het proefschrift van J.P.M. Stubbé, Werknemersparticipaties (Kluwer-Deventer 1988). Overigens merk ik nog op, dat van een werknemersparticipatie de door Van Sonderen besproken 'personeelsopties' moeten worden onderscheiden; hier is sprake van het toekennen van opties op aandelen in de te verzelfstandigen vennootschap die aan het management worden aangeboden. Vergelijk J.C.M. van Sonderen, De personeelsoptie bij management *buy-out* financiering, in: Handboek Management Buy-Out (Kluwer bedrijfswetenschappen-Deventer 1991), blz. 157 e.v. Vergelijk over werknemersparticipatie tevens: C.W.M. van Ballegooijen/N.C. van Alphen/H. Regtering (red.), Handboek financiële participatie door werknemers (Kluwer-Deventer 1996).

153 Buskermolen, loc.cit. (noot 145), blz. 43; een voorbeeld van een *employee buy-out* vormt de drukkerij Boekhoven-Bosch; vergelijk J.C. van Ek, De betrokkenheid van de werknemers bij de MBO van drukkerij Boekhoven-Bosch, in: Handboek Management Buy-Out (Kluwer Bedrijfswetenschappen-Deventer 1991), blz. 273-277.

154 Deze vorm van management *buy-out* blijkt gebruikt te zijn bij Twijnstra Gudde (1988), vergelijk Bruining/De Jong, loc.cit. (noot 141), blz. 36.

155 Tenzij sprake is van een omgekeerde sterfhuisconstructie zoals toegepast bij Boskalis, in welk geval de zieke dochters het concern verlieten.

financiering geen probleem.¹⁵⁶ Een management buy-out blijkt wel gebruikt te worden om een vijandelijke overname te voorkomen.¹⁵⁷

Een management buy-out komt tot stand door overdracht van aandelen (aan de directie) dan wel een activa/passivatransactie. Wanneer door middel van aandelenoverdracht of door middel van een activa/passivastransactie zeggenschap wordt overgedragen zal er sprake zijn van een adviesplicht op grond van artikel 25 lid 1 sub a WOR.¹⁵⁸ Ook is het mogelijk dat de buy-out wordt gekwalificeerd als het verbreken van duurzame samenwerking met een andere onderneming, zodat een adviesrecht gegrond kan worden op artikel 25 lid 1 sub b WOR. Wordt een management buy-out door de vennootschap gefinancierd met voornamelijk vreemd vermogen, dan zullen door haar kredieten aangetrokken moeten worden. Voorgenomen besluiten hiertoe zijn onderworpen aan een adviesrecht van de ondernemingsraad op grond van artikel 25 lid 1 sub i WOR. Veelal zal een management buy-out plaatsvinden binnen een concern. Vraagpunt is dan of de centrale of lokale ondernemingsraad adviesbevoegd is. Indien de verzelfstandiging gekwalificeerd kan worden als een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang, is de centrale ondernemingsraad bevoegd. Het lijkt mij zinvol met het oog op de positie van de werknemers verbonden aan de te verzelfstandigen onderneming, dat de centrale ondernemingsraad overleg pleegt met de aan deze onderneming verbonden ondernemingsraad.

In geval van een management buy-out wordt zeggenschap verkregen door het management, zodat de SER-Fusiegedragsregels van toepassing zijn. In uitspraken van de SER-Fusiecommissie kwam de management buy-out aan de orde. Zo was er sprake van een samenstel van ondernemingen waarbinnen de koper van een onderneming tevens directeur was van de onderneming. Deze onderneming werd in de transactie vertegenwoordigd door een commissaris, die weer directeur was van een andere tot het samenstel behorende onderneming. De Commissie overweegt, dat de SER-Fusiegedragsregels de verplichting opleggen tot naleving van de Code-voorschriften, ongeacht hun functies in de betrokken ondernemingen die functiebesprekin-

156 W.J. Slagter, Vennootschapsrechtelijke aspecten van de management buy-out, in: *Handboek Management Buy-Out* (Kluwer Bedrijfswetenschappen-Deventer 1991), blz. 305.

157 J.H. Witzenburg, *Leveraged buy-outs en hun effecten*, Bank- en Effectenbedrijf 1989 (mei), blz. 34.

158 Voor de specifieke problemen die dit artikellid oproept in geval van een aandelenoverdracht, verwijs ik wederom naar paragraaf 6.2.2.

gen voeren; wanneer deze norm scherp in acht was genomen had de functievermenging geen belemmering hoeven op te leveren bij de naleving van de Code.¹⁵⁹

Een management buy-out van een structuurrechtspersoon lijkt door de omvang van het vermogen van deze rechtspersoon niet goed denkbaar. Wel is het mogelijk, dat door een structuurrechtspersoon een dochtervennootschap wordt verzelfstandigd door middel van een management buy-out. Een besluit hiertoe zal, afhankelijk van de omstandigheden, aan goedkeuring van de raad van commissarissen zijn onderworpen op grond van artikel 2:164 lid 1 sub e BW.

7.6 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de ondernemer die een herstructurering overweegt centraal. Een dergelijke herstructurering kan zijn ingegeven door het feit dat de ondernemer in financiële moeilijkheden verkeert, maar noodzakelijk is dit geenszins.

Allereerst besprak ik de gevallen dat de ondernemer ontbonden wordt, of surséance van betaling, dan wel faillissement aanvraagt. De ondernemingsraad heeft in deze gevallen een adviesrecht als de ontbinding, de surséance of het faillissement tot gevolg heeft dat de arbeidsorganisatie wordt opgeheven. Veelal zal dat niet onmiddellijk het geval zijn, zodat geen adviesrecht van de ondernemingsraad bij deze besluiten van de rechtspersoon bestaat. De raad van commissarissen bij een structuurrechtspersoon zal bij dergelijke besluiten die het voortbestaan van de rechtspersoon betreffen, betrokken zijn.

Vervolgens heb ik aandacht besteed aan sluiting of inkrimping van de arbeidsorganisatie of een onderdeel daarvan. Dergelijke besluiten zullen veelal onderworpen zijn aan een adviesrecht van de ondernemingsraad. Herstructurerings- en inkrimping zijn een aantal malen onderwerp geweest van een juridische procedure op grond van het enquête-recht of de WOR. Daaruit is af te leiden dat de concernstrategie van belang is, maar dat daarnaast alle bij de besluitvorming betrokken belangen afgewogen moeten worden.

Herstructurering van een ondernemer kan plaatsvinden door overdracht van een (onderdeel van een) onderneming of ondernemer. Een adviesrecht van de ondernemingsraad bestaat bij dergelijke transacties met name, als ze

159 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 147.

gekwalficeerd kunnen worden als overdracht van zeggenschap in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR. Vervreemdingen van een dochtermaatschappij zullen veelal aan goedkeuring van de raad van commissarissen onderworpen zijn op grond van artikel 2:164 lid 1 sub d BW.

Indien een onderneming in grote financiële problemen verkeert, kan herstructurering door middel van een sterfhuisconstructie noodzakelijk blijken. De ondernemingsraad verbonden aan een ondernemer die in het kader van deze constructie wordt overgedragen, zal veelal een adviesrecht toekomen op grond van artikel 25 lid 1 sub a WOR. In een dergelijk geval zal de raad van commissarissen een goedkeuringsrecht toekomen.

Wanneer een ondernemer wordt verzelfstandigd door middel van een management buy-out zal het besluit hiertoe te kwalificeren zijn als overdracht van zeggenschap over de onderneming. Ook is het denkbaar dat een belangrijk krediet wordt aangetrokken. In dat geval bestaat adviesplicht op grond van artikel 25 lid 1 sub i BW. Een goedkeuringsrecht komt de raad van commissarissen op grond van artikel 2:164 lid 1 BW niet toe bij bestuursbesluiten omtrent het aantrekken van een krediet.

FINANCIERING VAN DE ONDERNEMER EN INVESTERINGEN

8.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden twee onderwerpen behandeld: de financiering van de ondernemer en het doen van investeringen (en desinvesteringen) door de ondernemer. Van *financiering* zijn verschillende omschrijvingen in de, met name economische, literatuur te vinden. Veelal wordt daar de volgende definitie van financiering gegeven: financiering is het aantrekken van vermogen door de onderneming.¹ Regelmatig wordt ter classificatie van de verschillende financieringsmiddelen het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen gehanteerd.² Het eigen vermogen wordt omschreven als het totaal aan geldmiddelen waarover de ondernemer kan beschikken zonder dat daarvoor aflossing nodig is, of een verplichting tot rentebetaling bestaat. Van vreemd vermogen wordt gesproken, indien vermogen aan een ondernemer wordt toevertrouwd, op zodanige voorwaarden dat tussen de ondernemer en de vermogensverstrekkers een schuldeiser/schuldenaar-verhouding ontstaat.³

Bij de bespreking van het onderwerp financiering besteed ik allereerst in paragraaf 8.2 aandacht aan het eigen vermogen van de naamloze en besloten vennootschap. Een vennootschap kan aandelen uitgeven om in haar vermogensbehoefte te voorzien, maar een uitgifte van aandelen kan ook plaatsvinden als beschermingsconstructie tegen een onvriendelijke overname van beursvennootschappen.⁴ Beschermingsconstructies worden in Nederland veelvuldig gebruikt, en staan nog steeds sterk ter discussie. Deze discussie richt zich op twee aspecten: welke constructies zijn toegestaan en op welke wijze mogen deze constructies vorm krijgen, en daarnaast de cumulatie van

1 Bijvoorbeeld: P.J.W. Duffhues, *Ondernemingsfinanciering en vermogensmarkten 1* (Wolters-Noordhoff-Groningen 1989), blz. 26. Onder *onderneming* wordt in deze definitie verstaan: een naar financieel-economische zelfstandigheid strevende productieorganisatie, zie Duffhues, blz. 24.

2 Met name in het jaarrekeningrecht is dit onderscheid essentieel, zie artikel 2:373 BW voor de post eigen vermogen.

3 Zie bijvoorbeeld: P. Egbertsen, *Financiële instrumenten, Eigen Vermogen of Vreemd Vermogen?* Tijdschrift voor Bedrijfsadministratie 1993, blz. 388.

4 Asser-Maeijer 2 III, nr. 411.

beschermingsmaatregelen.⁵ De wijze waarop in Nederland beschermingsconstructies gebruikt kunnen worden, is vastgelegd in Bijlage X bij het Fondsenreglement die in zijn huidige vorm in principe gold tot 1 april 1995.⁶ De VEUO en de Vereniging voor de Effectenhandel lijken overeenstemming bereikt te hebben over een concept-voorstel van Wet en Regeling betwiste overnames.⁷ Bij de hieronder te behandelen uitgifte van preferente en prioriteits aandelen en certificaten van aandelen zal ik tevens het gebruik van deze stukken als beschermingsconstructie behandelen.

Nadat ik het aantrekken van eigen vermogen door naamloze- en besloten vennootschappen heb besproken, richt ik mij op beslissingen rond het eigen vermogen bij coöperaties en commerciële stichtingen en verenigingen, paragraaf 8.3. Vervolgens karakteriseer ik in paragraaf 8.4 de verschillende wijzen waarop vreemd vermogen door de rechtspersoon aangetrokken kan worden. Verschillende kredietfaciliteiten passeren de revue, waarbij wordt nagegaan of het aantrekken van deze financieringsmiddelen is onderworpen

5 Over de wenselijkheid en toelaatbaarheid van beschermingsconstructies is een bijna onuitputtelijke stroom literatuur verschenen. Hier wordt verwezen naar (vrij) recente literatuur, waarin uitgebreide verwijzingen zijn opgenomen: R.P. Voogd, Statutaire beschermingsmiddelen bij beursvennootschappen (Kluwer-Deventer 1989); K. Geens e.a., Beschermingsconstructies (congres van het Van der Heijden Instituut 1989, Kluwer-Deventer 1990); H.J.M.N. Honée, Beschermingsconstructies: Brusselse ondoordachtheid, Hollandse halsstarrigheid, NV 69 (1991), blz. 119-125; 151-157; beschermingsconstructies kwamen ook aan de orde op het Nijmeegse congres 'Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen', met name in de bijdragen van Ruding en Timmermans (Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen, Kluwer-Deventer 1992); Asser-Maeijer 2 III, nrs. 411-414.

6 Zie over de Bijlage X bij het Fondsenreglement uit 1992: P.J. Dortmond, De nieuwe Bijlage X bij het Fondsenreglement, NV 70 (1992), blz. 215-224.

7 NRC Handelsblad 29 september 1995. Op het moment dat dit onderzoek werd afgesloten lagen deze voorstellen bij Minister Zalm. Over de voorstellen hield J.M.M. Maeijer een voordracht op het congres "Ontwikkelingen in het Effectenverkeersrecht" op 10 en 11 november 1995 te Nijmegen, vergelijk: J.M.M. Maeijer, Proxy solicitation; beschermingsconstructies, in de (nog te verschijnen) congresbundel 'Ontwikkelingen in het effectenverkeersrecht' (Kluwer-Deventer 1996). In de hier gepresenteerde voorstellen zou voor de ondernemingsraad een rol weggelegd kunnen zijn, daar deze wellicht als 'belanghebbende' bij de procedure voor de Ondernemingskamer betrokken kan zijn; vergelijk hieromtrent de voordracht van Maeijer.

Over de voorstellen van de VEUO en 'Beurs' is geschreven door: D.C. Buys, Commissie Betwiste Overnames; wel een compromis maar geen oplossing. Fopspeen of dobbelsteen, TVVS 1995, blz. 301-303 en M.M. Mendel, Wetsontwerp beschermingsmaatregelen VEUO-beurs uit oogpunt van rechtsbedeling en corporate governance, NV 73 (1995), blz. 271-273.

aan medezeggenschapsrechten van werknemersvertegenwoordigers. Ook behandel ik de vraag of beslissingen tot kredietverstrekking door de ondernemer onderworpen zijn aan medezeggenschap. Bij deze beslissingen rond kredietverlening en -verstrekking richt ik mij tevens op concernfinanciering (par. 8.5).

Ten slotte behandel ik de vraag of besluiten ten aanzien van investeringen en desinvesteringen door de ondernemer aan medezeggenschap van werknemers(vertegenwoordigers) zijn onderworpen (par. 8.6). Het hoofdstuk wordt besloten met enige conclusies (par. 8.7).

8.2 Aantrekken van eigen vermogen door een NV en BV

8.2.1 Uitgifte van aandelen

Het besluit tot emissie van aandelen (na oprichting) komt in principe toe aan de algemene vergadering van aandeelhouders (art. 2:96/206 lid 1 BW). Statutair of door middel van een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders kan de bevoegdheid aan een ander vennootschapsorgaan worden toegekend. De regeling van delegatie van de emissiebevoegdheid is bij NV en BV niet identiek. Voor de NV geldt (art. 2:96 lid 1 BW) dat de bevoegdheid voor een periode van maximaal 5 jaar aan een ander vennootschapsorgaan kan worden toegekend, en dat de aanwijzing van het tot uitgifte bevoegde orgaan telkens voor niet meer dan 5 jaar verlengd kan worden. Het besluit tot delegatie aan een ander vennootschapsorgaan kan niet worden ingetrokken, tenzij dat bij de aanwijzing is bepaald. Ten slotte moet bij de aanwijzing van het tot uitgifte bevoegde orgaan zijn bepaald hoeveel aandelen uitgegeven mogen worden. Voor de BV is bepaald, dat de bevoegdheid tot emissie van aandelen toekomt aan de algemene vergadering, tenzij deze statutair aan een ander orgaan is overgedragen. De algemene vergadering kan deze bevoegdheid aan een ander orgaan overdragen en deze herroepen (art. 2:206 lid 1 BW).⁸

De regeling tot uitgifte van aandelen kan op verschillende wijzen statutair nader vorm gegeven worden. Zo is het mogelijk, dat het emissiebesluit van de algemene vergadering afhankelijk wordt gemaakt van een voorstel van het bestuur daartoe, of dat het bestuur bevoegd is tot emissie na goedkeuring

8 Vergelijk over de slotzin van artikel 2:206 lid 1 BW, Asser-Maeijer 2 III, nr. 244.

van een voorstel daartoe door de raad van commissarissen.⁹ In de praktijk blijkt de emissiebevoegdheid vaak statutair aan het bestuur toegekend te worden.¹⁰

Onderscheid moet worden gemaakt tussen een ondershandse en een openbare emissie. Een ondershandse emissie geschiedt bij één of meer bepaalde personen. Een openbare emissie wordt gedaan aan het publiek in het algemeen, dat aandelen kan nemen door er op 'in te schrijven'.¹¹

De doeleinden van een emissie zijn zeer verscheiden. Veelal zal emissie plaatsvinden om het eigen vermogen van de vennootschap te vergroten en op deze wijze de financiële draagkracht van de vennootschap te vergroten.¹² Zoals hierboven (par. 6.2.5) bleek, kan een aandelenfusie plaatsvinden door middel van emissie van een pakket aandelen aan de overnemer, groter dan het uitstaande aandelenpakket. Daarnaast kan een uitgifte plaatsvinden in het kader van een beschermingsconstructie. Veelal worden dan preferente aandelen geëmitteerd, zie paragraaf 8.2.2 hieronder.

Medezeggenschap

Een besluit tot emissie van aandelen is als zodanig niet opgenomen onder de limitatieve opsomming van adviesplichtige besluiten in artikel 25 lid 1 Wet op de ondernemingsraden (WOR). Het is mogelijk dat door een besluit tot emissie van aandelen feitelijk zeggenschap over de onderneming wordt overgedragen over de ondernemer. In dat geval zal tevens zeggenschap worden overgedragen over de met deze ondernemer verbonden onderneming zodat op grond van artikel 25 lid 1 sub a WOR advies gevraagd moet worden aan de ondernemingsraad.¹³

De SER-Fusiecode heeft betekenis wanneer de zeggenschap over de activiteiten van (een onderdeel van) de onderneming direct of indirect wordt overgedragen (art. 14 lid 1 Fusiecode).¹⁴ De Commissie voor Fusieaangele-

9 Handboek, nr. 164, Asser-Maeijer 2 III, nr. 235.

10 Timmerman, (Rechtspersonen, losbladig) artikel 164, aantekening 2.

11 Asser-Maeijer 2 III, nr. 249.

12 Asser-Maeijer 2 III, nr. 250.

13 De gelijkstelling van overdracht van zeggenschap over de *ondernemer* en de met deze ondernemer verbonden *onderneming* kwam expliciet aan de orde in het *PUEM*-arrest, Hof Amsterdam 27 juli 1989, NJ 1990, 734; in dit verband wijs ik ook op de uitspraken van de Ondernemingskamer en Hoge Raad inzake *Heuga* (zie paragraaf 6.2.2).

14 Vanzelfsprekend dient ook aan de overige vereisten voor toepasselijkheid van de Fusiecode voldaan te zijn. Vergelijk art. 15 SER-fusiecode en paragraaf 3.3.2 hierboven.

genheden heeft zich gebogen over de vraag of een uitgifte van aandelen te kwalificeren is als een verkrijging van zeggenschap in de zin van de SER-Fusiecode. Daarover heeft zij het volgende standpunt ingenomen. Wanneer het bestuur van een vennootschap overweegt om gebruik te maken van haar statutaire bevoegdheid om aandelen uit te geven, dan zijn de bepalingen van de SER-Fusiecode van toepassing, indien degene aan wie de aandelen worden geëmitteerd zeggenschap in de zin van de Code verwerft. Dat geldt zeker, indien het met de emissie gemoeide bedrag minimaal 50% van het na de emissie uitstaande kapitaal vertegenwoordigt.¹⁵ Ook wanneer minder aandelen worden uitgegeven, kan een fusie onder werkingssfeer van de Fusiecode vallen, indien een bestaande aandeelhouder door deze emissie zeggenschap in de zin van de Code (een belang van minimaal 50%) verkrijgt.¹⁶

Indien de emissiebevoegdheid statutair aan het bestuur is toegekend, komt de raad van commissarissen van een structuurvennootschap een goedkeuringsrecht toe op grond van artikel 2:164 lid 1 sub a BW, zodat werknemers indirect medezeggenschap ontleen aan de structuurregeling in geval van een aandelenuitgifte. Aangezien besluiten van het bestuur 'omtrent' de uitgifte van aandelen onderworpen zijn aan het goedkeuringsrecht, komt dit recht ook aan de raad van commissarissen toe in het geval dat het bestuur aan de algemene vergadering van aandeelhouders een voorstel doet tot emissie van aandelen.¹⁷ Als voorafgaand aan een uitgifte van aandelen het maatschappelijke kapitaal verhoogd moet worden, is statutenwijziging vereist. De raad van commissarissen heeft een goedkeuringsrecht op grond van artikel 2:164 lid 1 sub h BW indien het bestuur een voorstel doet tot statutenwijziging.

8.2.2 Preferente aandelen

Aan preferente aandelen zijn bijzondere in de statuten vastgelegde rechten verbonden. Deze rechten zijn financieel van aard, en hebben betrekking op de winstverdeling dan wel de aanspraak na vereffening van de vennootschap.¹⁸

15 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 96.

16 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 96.

17 Timmerman, Rechtspersonen, artikel 164 nr. 2.

18 Vergelijk voor een omschrijving van het preferente aandeel artikel 2:96a/206a BW. Zie voor een beschrijving van de verschillende soorten preferente aandelen: Asser-Macijer 2 III nr. 195, Van Schilfgaarde, BV en NV, nr. 39 en Handboek nr. 187.

Emissie van preferente aandelen geschiedt, evenals emissie van 'gewone' aandelen in principe door de algemene vergadering van aandeelhouders, zie artikel 2:96/206 lid 1 BW. Voor de NV is expliciet vastgelegd, dat indien er verschillende soorten aandelen zijn, er voor de geldigheid van een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders tot emissie of aanwijzing, een voorafgaand of gelijktijdig goedkeurend besluit van elke groep van aandelen van eenzelfde soort aan wier rechten de uitgifte afbreuk doet, vereist is (art. 2:96 lid 2 BW). Bij de BV ontbreekt een dergelijke bepaling.

Uitgifte van preferente aandelen als beschermingsconstructie

Preferente aandelen kunnen worden gebruikt als bescherming tegen een vijandige overname; gesproken wordt van 'beschermingsprefs'.¹⁹ De constructie is grofweg als volgt.²⁰ Vooraf dient in de statuten de bepaling opgenomen te zijn (of te worden), dat preferente aandelen uitgegeven kunnen worden. Daarbij moet de algemene vergadering van aandeelhouders geïnformeerd worden over het beschermingsdoel van de preferente aandelen (artikel A, sub 1 Bijlage X Fondsenreglement). Preferente aandelen zullen op naam worden uitgegeven, daar deze slechts voor 25% volgestort hoeven te worden (art. 2:80 lid 1 BW). Vervolgens zorgt men dat preferente aandelen (hoegenaamd) geen agio hebben, daar dit gedeeltelijke volstorting vereenvoudigt. Daartoe koppelt men het (beperkte) voorkeursrecht op de jaarlijkse winst aan een min of meer gefixeerde gebruikelijke rente en bepaalt daarnaast dat uitkering van het liquidatiesaldo kan plaatsvinden tot het op de preferente aandelen gestorte bedrag.²¹ Op grond van artikel 2:96a/206a lid 2 BW hoeft geen voorkeursrecht aan aandeelhouders van een andere soort aandelen gegeven te worden. Omdat slechts voor een kwart gestort hoeft te worden, kan men met een betrekkelijk gering kapitaal grote zeggenschap in de vennootschap verkrijgen.²² De aandelen worden na emissie

19 Zie verder: Voogd, op.cit. (noot 5), blz. 233-260 (in noot 104 een uitgebreid literatuur-overzicht inzake preferente beschermingsaandelen); A.G. van Solinge, Preferente beschermingsaandelen, in: Beschermingsconstructies (Kluwer-Deventer 1990), blz. 37-44; B.T.M. Steins Bisschop, De beperkte houdbaarheid van beschermingsconstructies (Kluwer-Deventer 1991), blz. 147-172.

20 Onder andere beschreven in Asser-Maeijer 2 III, nr. 195.

21 Voogd, op.cit. (noot 5), 233-234, zie ook Asser-Maeijer nr. 195.

22 Onbesproken laat ik hier de financiering van de aandelen door de stichting en de betrokkenheid van de vennootschap bij een dergelijke financiering. Zie: Asser-Maeijer 2 III, nrs. 163, 164 en 611 (ontdochterde dochter) en W.J. Oostwouder, Beschermingsprefs: een huis gebouwd op de rots of op het zand? TVVS 1993, blz. 29-34 (in nr. 2 is een samenvatting gegeven van de in de literatuur over deze kwestie ingenomen

geplaatst bij een 'bevriende' stichting^{23,24}. Het bestuur van deze stichting dient te voldoen aan de in artikel A sub b.I Bijlage X Fondsenreglement gestelde voorwaarden inzake onafhankelijkheid.

In de rechtspraak is de toelaatbaarheid van plaatsing van preferente aandelen als beschermingsconstructie een aantal maal aan de orde geweest; zij wordt onder omstandigheden toelaatbaar geacht.²⁵

Medezeggenschap

Voor medezeggenschap van werknemers op grond van de WOR geldt, dat geen adviesrecht is vastgelegd bij emissie van (preferente) aandelen. Opnieuw moet daarom aansluiting gezocht worden bij artikel 25 lid 1 sub a WOR, overdracht van zeggenschap over de onderneming (zie par. 6.2.2 hierboven). Een emissiebesluit zal onder omstandigheden als een overdracht van zeggenschap over de onderneming gekwalificeerd kunnen worden.

Door de Commissie is uitdrukkelijk overwogen dat emissie van (preferente of gewone) aandelen als afweer tegen een overval of ongewenste invloed, tot gevolg heeft dat Hoofdstuk II van de Fusiecode van toepassing is, wanneer degene die de aandelen verwerft ten minste 50% van het kapitaal dat na emissie uitstaat, vertegenwoordigt.²⁶

Een ander aan de Commissie voorgelegd geval betrof een emissie van preferente aandelen aan nieuwe aandeelhouders voor een bedrag gelijk aan of enigszins groter dan het uitstaande kapitaal. Met deze nieuwe aandeelhouders wordt afgesproken dat de aandelen worden ondergebracht in een Stichting Administratiekantoor tegen ontvangst van niet-royeerbare certificaten. Op de aandelenemissie als zodanig is de Code volgens de SER-Fusiecommissie niet van toepassing, behalve als door de emissie één van de aandeelhouders de helft of meer van het na de emissie uitstaande aandelen-

standpunten) en tenslotte: H.P.J. Ophof, Dient art. 2:98c/207c BW te worden gewijzigd c.q. te worden geschrapt?, in: Knelpunten in de vennootschapswetgeving (Kluwer-Deventer 1995), blz. 63-72.

23 Veelal met als doelstelling: het bevorderen van de continuïteit en onafhankelijkheid van de vennootschap in kwestie ('Stichting Continuïteit').

24 Of aan deze stichting wordt een optie gegeven.

25 Vergelijk bijvoorbeeld: Pres. Rb. Haarlem 12 juni 1990, NJ 1991, 554 (Asko/Ahold) en Auxinvest, Rechtbank Utrecht 15 september 1993, NJ 1994, 558.

26 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 96.

kapitaal en dus de zeggenschap in de onderneming verwerft, hetgeen in casu niet het geval was.²⁷

Een andere casus in het kader van een beschermingsconstructie was deze dat een bevriende stichting wordt opgericht waaraan aandelen worden overgedragen op die wijze, dat de stichting een 50% belang verwerft zodra alle aandelen die op het moment van overdracht konden worden uitgegeven, bij wijze van dividend zouden zijn geplaatst. In een dergelijk geval verkrijgt de stichting zeggenschap. De volgende vraag is echter of dergelijke zeggenschap 'duurzaam' is. Geconstateerd is door de SER-Fusiecommissie dat het, gezien het doel van de transactie, niet duidelijk is of deze binnen korte termijn ongedaan gemaakt kan worden, daar dit afhangt van de vraag of de onvriendelijke overname op deze wijze is voorkomen. In deze omstandigheden wordt geconstateerd dat de fusie een duurzaam karakter heeft.²⁸

Op grond van de structuurregeling zijn besluiten van het bestuur omtrent een emissie van aandelen onderworpen aan goedkeuring van de raad van commissarissen (art. 2:164 lid 1 sub a BW).

Indien in het kader van een beschermingconstructie preferente aandelen worden uitgegeven of overgedragen aan een andere rechtspersoon, dan kan er sprake zijn van een duurzame samenwerking met die rechtspersoon in de zin van artikel 2:164 lid 1 sub d BW.

8.2.3 Prioriteitsaandelen

Algemeen

Prioriteitsaandelen zijn aandelen waaraan bijzondere zeggenschapsrechten zijn verbonden. Deze aandelen worden gebruikt om de macht van de algemene vergadering van aandeelhouders in te dammen. Zij zullen op naam luiden en veelal worden uitgegeven aan een (beheers)stichting waarvan het bestuur wordt gevormd door commissarissen en eventueel bestuurders van de vennootschap.²⁹ Een voorbeeld van een aan een prioriteitsaandeel verbonden zeggenschapsrecht is het recht om een bindende voordracht te doen inzake de benoeming van bestuurders en commissarissen; ook kan gedacht worden aan een goedkeuringsbesluit bij bepaalde besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders; ook de bevoegdheid tot winstreservering

27 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 94. Zie over de certificeringsaspecten van deze uitspraak paragraaf 8.2.4.

28 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 97-98.

29 Asser-Maeijer 2 III, nr. 196.

wordt regelmatig aan de prioriteit toegekend.³⁰ In de Departementale Richtlijnen is bepaald, dat machtsrechten niet zodanig van aard mogen zijn, dat een vennootschapsorgaan niet in staat is zijn taak te vervullen (par. 17 [BV] en 28 [NV]).

Prioriteitsaandelen zullen altijd op naam luiden, en derhalve onderworpen zijn aan de statutaire blokkeringsregelingen. Hierboven kwam bij de behandeling van de jaarrekening aan de orde dat ingevolge artikel 2:392 lid 1 sub e BW aan de jaarrekening en het jaarverslag een lijst van personen toegevoegd moet worden die bijzondere (statutaire) zeggenschapsrechten in de onderneming hebben; dit geldt ook indien een dergelijk zeggenschapsrecht in een aandeel is belichaamd, zodat de namen van houders van prioriteitsaandelen op deze lijst opgenomen moeten worden.³¹

Emissie van prioriteitsaandelen vindt in principe plaats door de algemene vergadering, maar de bevoegdheid ervan kan net als bij 'gewone' en preferente aandelen aan een ander orgaan toegekend worden, artikel 2:96/196 lid 1 BW.

Uitgifte van prioriteitsaandelen als beschermingsconstructie

Ook prioriteitsaandelen worden uitgegeven in het kader van een beschermingsconstructie. Net als bij preferente aandelen plegen de prioriteitsaandelen te worden geplaatst bij een bevriende stichting.³² Het bestuur van deze stichting bestaat vaak uit leden van het bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap eventueel aangevuld met derden.³³ Over de samenstelling van het bestuur van de stichting zijn bepalingen vastgelegd in het Fondsenreglement.³⁴

Medezeggenschap

Uitgifte of overdracht van prioriteitsaandelen kan als een overdracht van zeggenschap in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR beschouwd worden.

30 Vergelijk Asser-Maeijer 2 III, nr. 196 en 401; Handboek nr. 187.1 en J.H.F.J. Cremers, *Prioriteitsaandelen* (Kluwer-Deventer 1971), met name hoofdstuk III.

31 Op grond van lid 3 moeten, indien de prioriteitsaandelen bij een stichting zijn ondergebracht, de namen van de bestuurders van de stichting bij de overige gegevens worden vermeld.

32 Zie Steins Bisschop, op.cit. (noot 19), blz. 178-178 en Voogd, op.cit. (noot 5), blz. 39-46.

33 Voogd, op.cit. (noot 5), blz. 42-43.

34 Asser-Maeijer 2 III, nr. 414.

Uit de *PUEM-zaak*³⁵ bleek (par. 6.2.2) dat ook bijzondere statutaire zeggenschapsrechten enige betekenis hebben bij beantwoording van de vraag of zeggenschap wordt overgedragen. Het betrof hier benoeming van de meerderheid van de commissarissen en het feit dat alle belangrijke bestuursbesluiten aan goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders en raad van commissarissen onderworpen waren. Mijns inziens moet aan dit aspect van de uitspraak zeer beperkte betekenis worden toegekend bij de vraag of de aan prioriteitsaandelen verbonden zeggenschapsrechten op grond van artikel 25 lid 1 sub a WOR zeggenschap doen overgaan.

Emissie of overdracht van prioriteitsaandelen zal een fusie in de zin van de Fusiecode kunnen inhouden, indien er zeggenschapsverkrijging plaatsvindt. De aan prioriteitsaandelen verbonden specifieke zeggenschapsrechten spelen voor de bepaling of een fusie plaats heeft in de zin van de Fusiecode echter geen rol, daar statutaire regelingen niet van invloed zijn op de verkrijging van zeggenschap in de zin van de SER-Fusiegedragsregels, zodat er (slechts) sprake is van verkrijging van zeggenschap indien de helft of meer van het uitstaande aandelenkapitaal wordt verkregen.³⁶

Een besluit tot uitgifte van prioriteitsaandelen is aan goedkeuring van de raad van commissarissen van een structuurvennootschap onderworpen indien het bestuur een besluit hieromtrent neemt (art. 2:164 lid 1 sub a BW).³⁷

8.2.4 Certificaten van aandelen

Onder certificering van aandelen verstaat Van den Ingh: alle rechtshandelingen die strekken tot verkrijging, krachtens overdracht of uitgifte, van certificaten van die aandelen en/of tot de uitgifte van certificaten aan degenen voor wie hij als rechthebbende de aandelen ten titel van beheer zal hou-

35 PUEM, Hof Amsterdam 27 juli 1989, NJ 1990, 734.

36 Zie hierboven, paragraaf 6.2.3, L. Timmerman, De reikwijdte van hoofdstuk II van de Fusiegedragsregels, in: De toekomst van de fusiegedragsregels (Tjeenk Willink-Zwolle 1992), blz. 114-115 en C.A.E. Uniken Venema, Herziening van de Fusiecode, blz. 185.

37 Dat is tevens het geval als door het bestuur een voorstel tot statutenwijziging wordt gedaan, of indien een duurzame samenwerking in de zin van artikel 2:164 lid 1 sub d BW ontstaat met een Stichting Prioriteit.

den.³⁸ Aan certificering kunnen verschillende motieven ten grondslag liggen.³⁹

Bij certificering van aandelen wordt over het algemeen de volgende constructie gehanteerd. Er wordt een Administratiekantoor opgericht; veelal in de vorm van een stichting. De aandelen worden bij dit Administratiekantoor ondergebracht; het Administratiekantoor houdt deze aandelen ten titel van beheer. Het kan zijn dat de aandeelhouders het initiatief tot certificering nemen; in dat geval worden de aandelen door de aandeelhouders aan het Administratiekantoor overgedragen waarna zij in ruil hiervoor certificaten ontvangen: de oorspronkelijke aandeelhouders van de vennootschap zijn door deze gang van zaken certificaathouders geworden. Ook is het mogelijk dat de vennootschap de certificering entameert. In dit geval zullen door de vennootschap aandelen worden geplaatst bij het Administratiekantoor. Dit geeft vervolgens certificaten uit aan hierin geïnteresseerden, die vervolgens certificaathouders worden. Uiteindelijk resultaat van certificering is een ontkoppeling van de vermogenswaarde en de zeggenschapsfunctie van aandelen. De zeggensmacht ligt bij het Administratiekantoor; de certificaathouders verschaffen kapitaal aan de vennootschap, zij hebben recht op een bedrag gelijk aan het dividend dat op de aandelen is uitgekeerd. Men kan ook zeggen: de juridische eigendom van het aandeel ligt bij het Administratiekantoor, de economische eigendom bij de certificaathouder.⁴⁰ Tussen het Administratiekantoor en de certificaathouder bestaat primair een contractuele relatie; deze is vastgelegd in de Administratievoorwaarden.⁴¹

Verschillende vormen van certificaten doen zich voor.⁴² Certificaten kunnen wel, niet en beperkt overdraagbaar zijn. Ook is er verschil in omwisselbaarheid van de certificaten. Onderscheiden wordt naar de wijze waarop

38 F.J.P. van den Ingh, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap* (Kluwer-Deventer 1991), blz. 18.

39 Van den Ingh, op.cit. (noot 38), paragraaf 3.4.

40 In de zaak *Audet* werd de vordering van een aantal certificaathouders jegens tegen het Administratiekantoor om op een bepaalde wijze te stemmen afgewezen, Pres. Rb. Amsterdam 8 februari 1988, KG 1988, 99.

41 Zie over de inhoud van Administratievoorwaarden: Van den Ingh, op.cit. (noot 38), hoofdstuk 5 en Asser-Maeijer 2 III, nr. 406.

42 Zie C.A.E. Uniken Venema/S.E. Eisma, *Eigendom ten titel van beheer naar komend recht* (Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 1990, Tjeenk Willink-Zwolle 1990), blz. 60-63.

certificaten (terug) te wisselen zijn naar aandelen; royeerbare-, beperkt-royeerbare en niet-royeerbare certificaten kunnen worden uitgegeven.⁴³

Certificering als beschermingsconstructie

Certificering van aandelen kan dienen als bescherming tegen onvriendelijke overnames. Veelal worden aandelen op naam overgedragen of uitgegeven aan een Administratiekantoor⁴⁴ dat hiervoor certificaten uitgeeft. Slechts beperkt- en niet-royeerbare certificaten kunnen dienen als beschermingsmaatregel. Op grond van artikel 5 Bijlage X Fondsenreglement, kunnen niet-royeerbare certificaten niet tot beursnotering worden toegelaten.⁴⁵ Veelal wordt gebruik gemaakt van beperkt-royeerbare certificaten als beschermingsconstructie; ook kan gedacht worden aan royeerbare certificaten in combinatie met een X%-regeling. Een dergelijke regeling houdt in dat slechts hij aandeelhouder kan zijn, die niet meer dan het in de statuten bepaalde maximumpercentage aan aandelen houdt.⁴⁶ Veelal wordt dit percentage op 1% gesteld.⁴⁷ Ten slotte kunnen ook statutaire blokkeringsregelingen een rol spelen bij certificering van aandelen als beschermingsconstructie, met name in het geval dat tot royering van certificaten wordt overgegaan.⁴⁸

-
- 43 Certificaten zijn royeerbaar, indien de certificaathouder het recht heeft om van het Administratiekantoor te vorderen zijn certificaten om te ruilen in het door het Administratiekantoor gehouden aandeel; een certificaat is beperkt-royeerbaar indien de administratievoorwaarden omwisseling mogelijk maken indien aan bepaalde voorwaarden of omstandigheden is voldaan. Een certificaat is niet-royeerbaar, indien de certificaathouder niet het recht heeft om het met zijn certificaat corresponderende aandeel van het Administratiekantoor te verkrijgen. Zie Handboek nr. 197 en Asser-Maeijer nr. 405 en Van Schilfgaarde, BV en NV, nr. 65 en uitgebreid: Van den Ingh, op.cit. (noot 38), par. 4.3.2. Een rechterlijk bevel tot decertificering van niet-royeerbare certificaten werd (in kort geding) gegeven door de Pres. Rb. Haarlem 8 april 1994, KG 1994, 159; deze uitspraak werd bekrachtigd door het Hof Amsterdam 26 januari 1995, V&O 1995, blz. 44 (commentaar De Bontridder).
- 44 De bepalingen die Bijlage X Fondsenreglement aan de samenstelling van het bestuur van het Administratiekantoor stelt, laat ik hier onbesproken, zie Asser-Maeijer 2 III, nr. 414.
- 45 Zie hierover bijvoorbeeld Steins Bisschop (op.cit. noot 19); R.P. Voogd, Certificering en 1%-regeling, in: Beschermingsconstructies, (Kluwer-Deventer 1990), blz. 21-36.
- 46 Asser-Maeijer 2 III, nr. 217 alwaar ook een overzicht van de discussie in de literatuur over het karakter van de X%-regeling.
- 47 W. Bosse, 1% regelingen, TVVS 1991, blz. 141-146.
- 48 C.A. Schwarz, Versterking van het beschermend effect van certificering van aandelen, WPNR 6104 (1993), blz. 617-620, suggereert om certificering te laten plaatsvinden via twee Administratiekantoren; zie gedetailleerd: blz. 619-620.

Medezeggenschap

In de limitatieve opsomming van artikel 25 WOR komt certificering van aandelen als zodanig niet voor. Wèl kan een certificeringsoperatie tot gevolg hebben dat er zeggenschap over de ondernemer wordt overgedragen aan het Administratiekantoor. Zoals al meerdere malen is gememoreerd, is sinds de uitspraak inzake *PUEM* te stellen dat overdracht van zeggenschap over de ondernemer (de vennootschap) een overdracht van zeggenschap over de met deze vennootschap verbonden onderneming impliceert.⁴⁹ Van een adviesrecht van de ondernemingsraad zal in principe slechts sprake zijn, indien zeggenschap in de vennootschap wordt overgedragen (zie par. 6.2.2), terwijl deze overdracht van zeggenschap aan de ondernemer kan worden toegerekend (par. 1.8). In geval van certificering zal deze toerekening kunnen bestaan uit een door een orgaan van de vennootschap in het kader van een blokkeringsregeling verleende goedkeuring of een medewerkingsbesluit aan de uitgifte van certificaten aan het Administratiekantoor.⁵⁰

Bij een certificeringsoperatie kunnen wellicht naast de ondernemingsraad, ook de vakorganisaties rechten onttelen aan de SER-Fusiegedragsregels. Wanneer aandelen in het kader van certificering worden overgedragen aan een Stichting Administratiekantoor, dan is het mogelijk dat deze stichting zeggenschap (50% of meer van de aandelen) verwerft. In dat geval zullen de verplichtingen uit de SER-Fusiegedragsregels nageleefd moeten worden.

Aan de Commissie voor Fusieaangelegenheden werd het volgende geval voorgelegd dat zowel emissie van preferente aandelen (zie over deze aspecten van de zaak par. 8.2.2) als certificering van aandelen betrof. Een onderneming overweegt emissie van een meerderheidsbelang aan enkele aandeelhouders; met deze aandeelhouders is afgesproken dat zij hun aandelen zullen inbrengen in een Stichting Administratiekantoor tegen ontvangst van niet-royeerbare certificaten. De statuten van de betrokken onderneming kennen een X%-regeling. De Commissie is van oordeel, dat het samenbrengen door de aandeelhouders van de aandelen in de Stichting Administratiekantoor tegen verkrijging van niet-royeerbare certificaten wèl een fusie in de zin van de Code is, ondanks de stemrechtbeperking. Met nadruk wordt herhaald, dat het enkele feit dat de helft of meer van de aandelen in één hand geraakt, beslissend criterium voor de verkrijging van zeggenschap is.⁵¹

49 PUEM, Hof Amsterdam 27 juli 1989, NJ 1990, 734. Vergelijk over gelijkstelling van de begrippen ondernemer en onderneming ook de uitspraken inzake *Heuga*.

50 Van den Ingh, op.cit. (noot 38), blz. 48.

51 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 94-95.

Overigens verschaft het verkrijgen van niet-royeerbare certificaten, als beschermingsconstructie niet toegestaan, de verkrijger ervan geen directe of potentiële zeggenschap, zodat Hoofdstuk II van de Fusiecode niet van toepassing is.⁵²

De structuurregeling bevat regelgeving met betrekking tot de uitgifte van certificaten van aandelen. Wanneer het bestuur van een structuurvennootschap meewerkt aan een dergelijke uitgifte, is de goedkeuring van de raad van commissarissen noodzakelijk (art. 2:164 lid 1 sub b BW). Een dergelijk besluit zal veelal genomen worden in het kader van een beschermingsconstructie, maar de desbetreffende bepaling ziet niet alleen op dit geval. In de Memorie van Toelichting wordt over deze bepaling⁵³ slechts opgemerkt, dat de opgesomde besluiten van ingrijpende betekenis zijn vanwege hun sociaal en financieel belang.⁵⁴ Van den Ingh merkt op, dat het verlenen van medewerking door het bestuur aan een certificeringsbesluit niet zo ingrijpend in de zojuist bedoelde zin is. Daar noch door de Commissie Verdam, noch door de SER het voorstel is gedaan om certificeringsbesluiten in de limitatieve opsomming van artikel 2:164 BW op te nemen, is het opmerkelijk dat deze bepaling zonder enige toelichting in de structuurregeling is opgenomen.⁵⁵

8.2.5 Overige stukken

Bonusaandelen

Bonusaandelen kunnen boven het geplaatste kapitaal uitgegeven worden ten laste van de reserves.⁵⁶ De uitgifte van bonusaandelen doet het eigen vermogen dus niet toenemen. Theoretisch kan een uitgifte van bonusaandelen een overdracht van zeggenschap ten gevolge hebben waardoor medezeggenschapsrechten op grond van de WOR en de SER-Fusiegedragsregels in zicht komen. Indien het bestuur van een structuurvennootschap betrokken is bij een uitgifte van bonusaandelen, is goedkeuring van de raad van commissarissen vereist.

52 Timmerman, loc.cit. (noot 36), blz. 113.

53 Althans over een 'voorloper' van deze bepaling in het Wetboek van Koophandel.

54 Hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.

55 Van den Ingh, op.cit. (noot 38), blz. 93.

56 Asser-Maeijer 2 III, nr. 197; Handboek nr. 189.

Optiebewijzen en warrants

Onderscheid moet worden gemaakt tussen een *optie* en een *optiebewijs*. Met een optie kan bedoeld worden het recht om een aandeel te nemen tegen een bepaalde koers (art. 2:96 lid 5 BW).⁵⁷ Onder een optie is ook te verstaan een op de optiebeurs te verhandelen stuk.⁵⁸

Een optiebewijs is een toonderbewijs dat zelfstandig verhandeld kan worden, en het recht geeft om binnen een zekere termijn tegen inlevering (al dan niet met andere optiebewijzen) een aandeel te verwerven tegen een bepaalde koers.⁵⁹

Een *warrant* is te omschrijven als een recht tot het nemen van een of meer nieuw uit te geven aandelen te kopen ten laste van de vennootschap gedurende een bepaalde tijd en tegen een bepaalde prijs.⁶⁰ Het belangrijkste verschil tussen optie en warrant is, dat de warrant altijd wordt uitgegeven door de vennootschap, terwijl een optie zowel door de vennootschap als een aandeelhouder verleend kan worden. Warrants worden veelal gebruikt in combinatie met een obligatielening.⁶¹

De bevoegdheid tot de uitgifte van opties en warrants door de vennootschap is gelegen bij de algemene vergadering van aandeelhouders (artikel 2:95 lid 5 BW).⁶²

Een verkrijger van een optie(bewijs) of een warrant, verkrijgt op een zeker moment reeds bestaande of nieuwe aandelen in een vennootschap. De vraag rijst daarom of een uitgifte van opties of warrants onderworpen is aan medezeggenschapsrechten van werknemers.

57 Asser-Maeijer 2 III, nr. 185.

58 Onderscheiden kan worden naar *call-opties* die de houder het recht geven om gedurende een vastgestelde termijn aandelen te kopen tegen een tevoren vastgestelde prijs, en *put-opties* die de houder het recht geven om gedurende een van tevoren vastgestelde termijn aandelen te verkopen voor een tevoren vastgestelde prijs. Zie Asser-Maeijer 2 III, nr. 185.

59 Asser-Maeijer 2 III, nr. 185.

60 C.H. Veld, Aandelenwarrants als beleggings- en als financieringsinstrument, B&E 1993, blz. 36-37.

61 Zie over het gebruik van warrants: P.J.W. Duffhues, Ondernemingsfinanciering en vermogensmarkten deel 2 (Wolters-Noordhoff-Groningen 1991), blz. 458-465, en F.J.P. van den Ingh, De converteerbare obligatie, in: Converteerbare obligaties en aandelen (Kluwer-Deventer 1993), blz. 3-4, alwaar een vergelijking tussen obligaties en warrants, en S.E. Eisma, Civielrechtelijke aspecten van converteerbare obligatieleningen, WFR 6159 (1995), blz. 1021-1031, met name: nr. 8.

62 Asser-Maeijer 2 III, nr. 238.

Door uitgifte van warrants en opties door de vennootschap, en het verlenen van een optie door een (groot)aandeelhouder kan zeggenschap in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR worden overgedragen.⁶³ De houder van een optie of warrant heeft het recht op een bepaald moment aandelen te nemen. Voor de uitoefening van dit recht zijn onderhandelingen of de tussenkomst van een vennootschapsorgaan veelal niet noodzakelijk. Het is dus mogelijk dat de houder van een optie door uitoefening van zijn optierecht (eenzijdig) zeggenschap doet overgaan. Het lijkt mij verdedigbaar een overdracht van opties die, na uitoefening van het optierecht, overdracht van zeggenschap ten gevolge heeft, aan te merken als een overdracht van zeggenschap in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR.⁶⁴ Het moment waarop het optierecht wordt verleend, is immers feitelijk het moment waarop over de overdracht van zeggenschap wordt besloten. Op dit moment dient de ondernemingsraad naar mijn mening dan ook om advies te worden gevraagd. Wellicht kan steun voor deze opvatting worden gevonden in de Wet Melding Zeggenschap (WMZ), waarin onder aandelen mede potentiële rechten op aandelen worden verstaan (art. 1 lid 2 WMZ).

Zoals bekend hanteert de SER-Fusiecode een afwijkend fusiebegrip. De verplichtingen uit de Code dienen nageleefd te worden indien zeggenschap wordt verkregen. Het is zeer wel denkbaar, dat de houder van een optie of warrant na uitoefening van zijn recht zeggenschap in de vennootschap verkrijgt. De Commissie voor Fusieaangelegenheden heeft in een aantal gevallen uitspraak gedaan over de verwerving van 'potentiële' zeggenschap. Het recht van optie staat gelijk met een fusietransactie, indien de overeenkomst aan degene die beschikt over het optierecht de mogelijkheid geeft om eenzijdig (zonder verdere onderhandelingen) te beslissen over het benutten van zijn optie.⁶⁵ Met betrekking tot een put-optie werd door de Commissie eenzelfde redenering gevolgd.⁶⁶ Achtergrond van het toekennen van een overlegrecht aan de vakorganisaties is, dat overleg in het geval dat de opties daadwerkelijk worden uitgeoefend, niet meer zinvol is, daar zeggenschaps-

63 Voor adviesplicht van de ondernemer is natuurlijk naast 'overdracht van zeggenschap' vervolgens noodzakelijk dat deze zeggenschapsoverdracht toegerekend kan worden aan de ondernemer. Zoals hierboven in paragraaf 6.2.2 bleek is bij zeggenschapsoverdracht door een grootaandeelhouder toerekening niet vanzelfsprekend.

64 Zoals hiervoor is gebleken, wordt ook door de SER-Commissie voor Fusieaangelegenheden verkrijging van potentiële zeggenschap door middel van opties, aangemerkt als verkrijging van zeggenschap in de zin van de Fusiecode.

65 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 102.

66 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 102.

verkrijging dan feitelijk al heeft plaatsgevonden.⁶⁷ Wel wordt door de Commissie voor Fusieaangelegenheden opgemerkt, dat het niet altijd nuttig is om overleg te plegen met de vakorganisaties op het moment dat de opties (c.q. conversierechten) worden verkregen, daar de sociaal economische omstandigheden tussen het moment van verkrijging van de rechten en daadwerkelijke uitoefening kunnen wijzigen.⁶⁸ Omdat deze situatie niet bevredigend wordt gevonden, vraagt de Commissie voor Fusieaangelegenheden zich af, of de overleg en informatierechten niet behoren 'door te werken' tot het tijdstip dat het optierecht wordt uitgeoefend; op dat moment zou eventueel een nader overleg gevoerd kunnen worden. Over dit aspect kan naar mijn mening geen algemene uitspraak worden gedaan. Eventueel nader (aanvullend) overleg zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval.⁶⁹

Aan goedkeuring van de raad van commissarissen is op grond van artikel 2:164 lid 1 sub a BW onderworpen een besluit tot emissie van aandelen in de vennootschap en verkrijging van schuldbrieven ten laste van de vennootschap. In het Rapport van de Commissie Verdam werd onder de opsomming van goedkeuringsplichtige besluiten opgenomen de 'uitgifte of intrekking van aandelen of schuldbrieven'. In de toelichting geeft de Commissie geen motivatie voor het opnemen van schuldbrieven in de opsomming van goedkeuringsplichtige besluiten, en concretiseert het begrip ook niet nader.⁷⁰ De SER nam in zijn advies inzake de herziening van het ondernemingsrecht de door de Commissie Verdam gegeven opsomming van goedkeuringsplichtige besluiten met een aantal wijzigingen over, en wijdde daarbij geen nadere beschouwingen aan het begrip schuldbrief.⁷¹ Ook in de wetsgeschiedenis bij de totstandkoming van de structuurwet wordt geen aandacht besteed aan de uitgifte van schuldbrieven.⁷² In de literatuur wordt als voorbeeld van een schuldbrief de obligatie gegeven.⁷³ Warrants of optierechten dragen een niet met obligaties vergelijkbaar schuld karakter, zodat zij niet als schuldbrie-

67 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 104.

68 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 104.

69 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 104.

70 Rapport Commissie Verdam, blz. 117, 125-126.

71 SER-advies 1969/14, blz. 24-25; een door de SER geformuleerd gewijzigd voorstel van goedkeuringsplichtige besluiten is als Bijlage bij het advies opgenomen.

72 Zie Bundel NV en BV, IXf-15-32; IXf-Art.52n (III) -I t/m 7.

73 Asser-Maeijer 2 III, nr. 199; Handboek nr. 196; Van Schilfgaarde, BV en NV, nr. 39 (met verwijzing naar de artikelen 103, 107 Handelsregisterwet); Slagter, Compendium paragraaf 59, en Eisma, loc.cit. (noot 61), blz. 1022 noot 6 waar hij obligaties en schuldbrieven als verschillende woorden voor hetzelfde begrip aanduidt.

ven gekwalificeerd kunnen worden. Wellicht is te verdedigen, dat een uitgifte van warrants of optierechten door de vennootschap in wezen een 'potentiële' uitgifte van aandelen inhoudt. In dat geval is (bij betrokkenheid van het bestuur) het besluit op grond van artikel 2:164 lid 1 sub a BW aan goedkeuring onderworpen. Wanneer een uitgifte van optie(bewijzen) of warrants een statutenwijziging behoeft, dan is bij een voorstel van het bestuur tot statutenwijziging, goedkeuring vereist ingevolge artikel 2:164 lid 1 sub g BW.

Participatiebewijzen

Vermogen kan een vennootschap ook aantrekken door de uitgifte van participatiebewijzen. Eisma definieert participatiebewijzen als:

"effecten - al dan niet in een papier belichaamd - die de houder jegens de uitgevende vennootschap aanspraak geven op uitkering van een deel van de vennootschappelijke winst en/of het liquidatiesaldo en die niet zijn aandelen in het kapitaal van de betreffende vennootschap."⁷⁴

Participatiebewijzen bevinden zich in het grensgebied tussen eigen- en vreemd vermogen.⁷⁵ Over de vraag of voor de uitgifte van participatiebewijzen statutaire grondslag vereist is, is de literatuur verdeeld.⁷⁶ Tot uitgifte van participatiebewijzen is de algemene vergadering van aandeelhouders

74 S.E. Eisma, Tussenaandeel en schuldbrief: participatiebewijzen, in: Ondernemingsrechtelijke contracten (Kluwer-Deventer 1991), blz. 29. J.M. Blanco Fernández/C.A. Schwarz, Enkele opmerkingen over het participatiebewijs, WPNR 6045 (1992), blz. 287 haken bij deze omschrijving aan, en definiëren participatiebewijzen als een vordering jegens de vennootschap welke aanspraak geeft op een deel van de winst en van het liquidatiesaldo. Eisma merkt op, dat in deze definitie winstbewijzen als participatiebewijzen worden aangemerkt. Winstbewijzen worden door Van der Grinten omschreven als aanspraken die evenals aandelen gerechtigdheid tot de winst en bij ontbinding van de vennootschap gerechtigdheid tot het vermogen geven, W.C.L. van der Grinten, Winstbewijzen als financieringsmethode, in: De Bankier als jurist (Langman Bundel) (Kluwer-Deventer 1991), blz. 121; zie over winstbewijzen en/of participatiebewijzen ook Asser-Maeijer 2 III, nr. 198; J.I.H.M. Galavazi/H. van Wilsum, In Nederland nu ook Non-Voting Shares?, NV 66 (1988), blz. 130-136; het verslag van de discussie bij het congres 'Beschermingsconstructies' (Kluwer-Deventer 1990), blz. 91-92.

75 Eisma, loc.cit. (noot 74), blz. 27. Blanco Fernández en Schwarz merken tegen inbreng uitgegeven participatiebewijzen aan als eigen vermogen (loc.cit. noot 74), blz. 287.

76 Eisma, loc.cit. (noot 74), blz. 37-38, verdedigt dat voor de uitgifte van participatiebewijzen een statutaire basis vereist is; een andere mening wordt verdedigd door Blanco Fernández en Schwarz, loc.cit. (noot 74), blz. 288.

bevoegd.⁷⁷ Aan participatiebewijzen kan geen stemrecht toegekend worden, daar dit slechts aan aandeelhouders toekomt; wèl is het mogelijk om participatiehouders vergaderrechten en andere rechten toe te kennen, zodat men materieel kan komen tot de uitgifte van aandelen zonder stemrecht.⁷⁸ Participatiebewijzen zijn verhandelbaar, en komen wellicht in aanmerking voor notering aan de Amsterdamse Effectenbeurs.⁷⁹ Overigens zijn voor het eerst daadwerkelijk participatiebewijzen uitgegeven in het voorjaar van 1994, door de KLM.⁸⁰

Een besluit tot uitgifte van participatiebewijzen is niet aan een adviesrecht van de ondernemingsraad ex artikel 25 lid 1 sub a, b WOR onderworpen, daar bij deze transactie nu juist geen zeggenschap over wordt gedragen.⁸¹

Omdat geen zeggenschapsoverdracht plaatsvindt, is de uitgifte van participatiebewijzen ook niet te beschouwen als fusie in de zin van de SER-Fusiegedragsregels.

Indien participatiebewijzen worden uitgegeven door een structuurvennootschap is het besluit hiertoe aan goedkeuring van de raad van commissarissen onderworpen op grond van artikel 2:164 lid 1 sub a BW aangezien deze stukken gerechtigd zijn in de winst en/of het liquidatiesaldo en waarvan de opbrengst tot het eigen vermogen mag worden gerekend en, dus met aandelen gelijkgesteld mogen worden.⁸² Een eventueel besluit tot beursnotering van participatiebewijzen behoeft analoog aan een besluit tot notering van certificaten van aandelen, goedkeuring van de raad van commissarissen, artikel 2:164 lid 1 sub c BW nu het bestuur van de vennootschap bij de besluitvorming betrokken zal zijn.⁸³

77 Eisma, loc.cit. (noot 74), blz. 38.

78 Eisma, loc.cit. (noot 74), blz. 32, 36; deze visie wordt bestreden door Blanco Fernández en Schwarz, loc.cit. (noot 74), blz. 288; ik laat deze kwestie onbesproken.

79 Eisma, loc.cit. (noot), blz. 34-35.

80 S.E. Eisma/J.Th.A. de Keijzer, Aandelen zonder stemrecht (NIBE-Amsterdam 1994), blz. 19.

81 Wellicht kan verdedigen, dat een participatiebewijs is te beschouwen als een 'krediet' in de zin van artikel 25 lid 1 sub h WOR. Dit onderdeel heeft echter betrekking op het aantrekken van vreemd vermogen door de ondernemer, en een participatiebewijs is, ondanks de hybride vorm, toch niet als zodanig te beschouwen.

82 Eisma, loc.cit. (noot 74), blz. 40. Zie tevens de discussie naar aanleiding van de voordracht: blz. 121-125 van de congresbundel.

Zie over uitgifte van participatiebewijzen door een coöperatie paragraaf 8.3.1.

83 Duidelijk is, dat van goedkeuring alleen sprake zal zijn als het bestuur van de vennootschap bij de besluitvorming is betrokken; dat lijkt mij veelal het geval.

Aandelen zonder stemrecht

Aandelen zonder stemrecht zijn in Nederland onbekend.⁸⁴ Introductie van deze aandelen is in de literatuur wel bepleit.⁸⁵ Door uitgifte van dergelijke aandelen kan het eigen vermogen worden uitgebreid, terwijl de aandeelhouders geen zeggenschapsrechten verkrijgen, en de zeggenschapsverhoudingen binnen de vennootschap dus onaangetast blijven. Veelal wordt aangenomen, dat met uitgifte van de hierboven besproken participatiebewijzen feitelijk hetzelfde bereikt wordt als met het aandeel zonder stemrecht.⁸⁶

8.2.6 Converteerbare aandelen

Van conversie van aandelen is sprake, wanneer aandelen van een bepaalde soort in een bepaalde vennootschap in aandelen van een andere soort in diezelfde vennootschap worden omgezet.⁸⁷ Door conversie van aandelen blijft het geplaatste kapitaal ongewijzigd. Slechts in de aan de aandelen verbonden rechten vindt wijziging plaats.⁸⁸ Conversie van aandelen kan plaatsvinden op grond van wijziging van de statuten, of indien reeds een statutaire basis voor converteerbare aandelen bestaat, door middel van een besluit van een daartoe in de statuten aangewezen orgaan.⁸⁹

Converteerbare aandelen kunnen door een vennootschap gebruikt worden om de financiering (van met name een startende vennootschap) te vergemakkelijken. Dit geschiedt dan door uitgifte van preferente aandelen die te zijner tijd in gewone aandelen geconverteerd kunnen worden. Voorwaarde voor conversie kan bijvoorbeeld zijn, dat het vermogen een bepaalde omvang heeft verkregen.⁹⁰

84 In ons omringende landen worden stemrechtloze aandelen wel uitgegeven: vergelijk R. Faasen, *Aandelen zonder stemrecht*, een rechtsvergelijkend onderzoek, in: D. Kokkini-Iatridou/F.W. Grosheide (red.), *Eenvormig en vergelijkend privaatrecht 1989* (Vermande-Lelystad 1989), blz. 455-501.

85 Met name door C.A. Schwarz, *Aandelen zonder stemrecht* (Tjeenk Willink-Zwolle 1990) en D.C. Buijs, *Stemrechtloze aandelen*, in: *Knelpunten in de vennootschapswetgeving* (Kluwer-Deventer 1995), blz. 53-61. Terughoudender zijn Eisma en De Keijzer (op.cit. noot 80).

86 Eisma/De Keijzer, op.cit. (noot 80), blz. 16.

87 R.W.Th. Norbruis, *Conversie van aandelen in anderssoortige aandelen*, in: *Converteerbare obligaties en aandelen* (Kluwer-Deventer 1993), blz. 145; zie voor verwijzingen naar literatuur over converteerbare aandelen noot 1 aldaar.

88 Asser-Maeijer 2 III, nr. 194.

89 Norbruis, loc.cit. (noot 87), blz. 149-150; Asser-Maeijer 2 III, nr. 194.

90 Dit voorbeeld is gegeven door Norbruis, loc.cit. (noot 87), blz. 146.

Het is ook mogelijk, dat gewone aandelen geconverteerd kunnen worden in prioriteitsaandelen, of aandelen met beperkt stemrecht in aandelen met onbeperkt stemrecht.

Medezeggenschap

Is uitgifte van converteerbare aandelen aan een adviesrecht op grond van de WOR onderworpen? Zoals al enkele malen is opgemerkt, is emissie van aandelen als zodanig slechts aan medezeggenschap van werknemers onderworpen indien deze emissie een overdracht van beslissende zeggenschap over de ondernemer ten gevolge heeft (art. 25 lid 1 sub a WOR). In beginsel verschilt de uitgifte van converteerbare aandelen niet van de uitgifte van andere aandelen. Uit medezeggenschapsoogpunt ligt dit alleen anders, indien de conversie (al dan niet door verschuiving) leidt tot toename van de beslissende zeggenschap. Dit kan zich voordoen bij aandelen die converteerbaar zijn in aandelen met bijzondere zeggenschapsrechten of in aandelen met een hoger aantal stemrechten.

De vraag rijst dan vervolgens op welk moment advies aan de ondernemingsraad gevraagd moet worden. De beantwoording van deze vraag is afhankelijk van de wijze waarop de conversie is geregeld. Is statutair vastgelegd dat conversie van aandelen automatisch plaatsvindt indien een bepaalde voorwaarde is vervuld, dan dient naar mijn mening in principe advies gevraagd te worden bij de emissie van de converteerbare aandelen daar op dit moment potentiële zeggenschap wordt overgedragen. In het geval dat voor de daadwerkelijke conversie een vennootschapsbesluit vereist is, moet op het moment dat dit besluit wordt genomen advies gevraagd worden.⁹¹

Uitgifte van converteerbare aandelen kan evenals uitgifte van gewone aandelen een verkrijging van zeggenschap inhouden in de zin van de Fusiecode. Het zojuist opgemerkte geldt ook hier, met dien verstande dat het voor het vaststellen of zeggenschap wordt verkregen in zin van de Fusiecode niet gaat om beslissende zeggenschap, maar om minimaal de helft van de stemrechten.

Dan ten slotte de vraag of een emissie van converteerbare aandelen door een structuurvennootschap onderworpen is aan goedkeuring van de raad van commissarissen. Dat is het geval als het bestuur van de vennootschap dit

91 Vergelijk over potentiële zeggenschap ook: par. 8.2.5 (optiebewijzen) en par. 8.4.1 (converteerbare obligaties).

besluit neemt, dan wel een voorstel heeft gedaan aan bijvoorbeeld de algemene vergadering van aandeelhouders om een dergelijk besluit te nemen (art. 2:164 lid 1 sub a BW).

Indien statutenwijziging noodzakelijk is om conversie van aandelen mogelijk te maken, is goedkeuring van de raad van commissarissen vereist indien het bestuur van de vennootschap een voorstel doet tot de statutenwijziging (art. 2:164 lid 1 sub g BW).

8.2.7 *Beursgang van de ondernemer*

Een NV kan besluiten haar aandelen of certificaten van aandelen te noteren in een prijscourant van de Amsterdamse effectenbeurs. De wijze waarop beursnotering van aandelen of certificaten wordt verkregen laat ik onbesproken; ik richt mij slechts op de vraag of het vennootschappelijke besluit tot beursnotering aan medezeggenschap van werknemers onderworpen is. Het besluit tot beursnotering lijkt mij toe te komen aan de algemene vergadering van aandeelhouders, daar dit besluit wezenlijk betrekking heeft op de structuur van de NV.⁹²

Op grond van de WOR acht ik een besluit tot beursnotering slechts adviesplichtig, indien de beursgang een overdracht van zeggenschap in de ondernemer impliceert (art. 25 lid 1 sub a WOR).⁹³ Daarvan zal sprake kunnen zijn in het geval dat de zeggenschap die oorspronkelijk aan een grootaandeelhouder toekwam, door de beursgang op een groot aantal aandeelhouders overgaat, die geen van allen zeggenschap verkrijgen. Wel moet ook hier vervolgens de zeggenschapsoverdracht aan de ondernemer toegerekend kunnen worden.⁹⁴

Een beursgang zal niet snel gekwalificeerd kunnen worden als een fusie in de zin van de SER-Fusiegedragsregels, daar een beursgang meestal geen verkrijging van zeggenschap in de zin van de Code ten gevolge zal hebben.⁹⁵

92 Vergelijk over de bevoegdheid van de algemene vergadering: Asser-Maeijer 2 III, nr. 258.

93 Zie in dezelfde zin: R.H. van het Kaar, Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting (Kluwer-Deventer 1993), blz. 92.

94 Zie hierboven paragraaf 6.2.2. sub c.

95 In een dergelijk geval moet immers ten gevolge van de beursnotering 50% van de stemrechten in één hand geraken. Dat zal zich niet zo snel voordoen.

Op grond van de structuurregeling is een structuur-NV verplicht een besluit tot beursnotering waarbij het bestuur van de vennootschap is betrokken ter goedkeuring aan de raad van commissarissen voor te leggen (art. 2:164 lid 1 sub c BW).⁹⁶

8.3 Aantrekken van eigen vermogen door een coöperatie, commerciële stichting en vereniging

8.3.1 Coöperatie

Bestanddelen van het eigen vermogen

Het eigen vermogen van coöperaties bestaat met name uit ingehouden winsten⁹⁷ en door de leden verschaft geldmiddelen. Een belangrijk kenmerk van de coöperatie is, dat zij zelffinancierend is. Daarnaast kennen coöperaties veelal een *leden(schuld)rekening*. In principe is deze ledenschuldrekening een schuld van de coöperatie aan haar leden; over het algemeen zijn de bedragen op de ledenschuldrekening door de leden slechts beperkt opeisbaar, zodat wel wordt verdedigd dat de ledenschuldrekening in bedrijfseconomisch opzicht als eigen vermogen aangemerkt kan worden.⁹⁸

Extern aantrekken van eigen vermogen

Groot probleem bij de financiering van coöperaties is, dat de betrokkenheid van de leden zo groot is, dat het moeilijk is om eigen vermogen bij derden aan te trekken.⁹⁹ Verschillende oplossingen zijn in de literatuur en de praktijk aangedragen om in de financieringsbehoefte van coöperaties te voorzien.¹⁰⁰

96 Het betreft daarbij notering van de in artikel 2:164 lid 1 sub a en b BW genoemde stukken, dus: aandelen, schuldbrieven en certificaten van aandelen.

97 Bij coöperaties wordt veelal gesproken van exploitatiesaldi, zie J.B.W.M. Kemperink, Nieuw coöperatief perspectief: winsten integraal uitdelen aan de leden?, TVVS 1992, blz. 142.

98 R. Becking, Beschouwingen over participatie in het vermogen van de coöperatie, TVVS 1989, blz. 265.

99 De oorzaken hiervoor laat ik onbesproken; zie bijvoorbeeld: J.H. Lunshof, Coöperaties op zoek naar meer financieringsmogelijkheden, S&V 1992, blz. 67-74.

100 Vergelijk: Becking, loc.cit. (noot 98), blz. 265-269; P.J. Dortmund, De coöperatie; van vereniging naar houdstermaatschappij en beursrechtspersoon (Kluwer-Deventer 1991), blz. 14-20; R.C.J. Galle, De coöperatie (Tjeenk Willink-Zwolle 1993), hoofdstuk 9; W.A. Verburg, coöperatieve beursmodellen, S&V 1993, blz. 89-94; R.C.J. Galle, De coöperatie in eigentijds perspectief (Tjeenk Willink-Zwolle 1994), blz. 24-30; J.T.L.

Het is denkbaar, dat de coöperatie in haar vermogensbehoefte voorziet door participaties (participatiebewijzen) uit te geven. Verschillende constellaties zijn denkbaar. Zo ontwierp Dortmund een constructie waarbij derden deelnemen in het vermogen van een coöperatie via een Stichting Administratiekantoor. De Stichting Administratiekantoor is lid van de coöperatie en verwerft als zodanig stemrecht in de coöperatie. De Stichting Administratiekantoor houdt de participatiebewijzen ten titel van beheer, en geeft daartoe certificaten uit. De Stichting Administratiekantoor oefent het stemrecht mede ten behoeve van de certificaathouders van participatiebewijzen.¹⁰¹ De hier geschetste constructie heeft model gestaan voor de beursgang van de apothekerscoöperatie OPG. In de statuten van OPG zijn bepalingen inzake het stemrecht vastgelegd; het stemrecht van ieder lid (en dus ook het Administratiekantoor) is beperkt tot 10% van het aantal uitstaande stemgerechtigde inleggenden en participaties.¹⁰²

Ook is mogelijk dat een coöperatie aandelen uitgeeft waarvan een deel van de aandelen (de aandelen die uitgegeven worden aan de 'beleggers') worden gecertificeerd via een Stichting Administratiekantoor.¹⁰³ De Stichting Administratiekantoor oefent de zeggenschapsrechten uit ten behoeve van de certificaathouders.

Denkbaar is ook om niet de coöperatie zelf naar de beurs te brengen, maar een dochter-NV van de coöperatie.¹⁰⁴ De coöperatie brengt in dat geval haar activiteiten onder in één of meer werkvennootschappen. Deze werkvennootschappen gaan dan voor maximaal 49% van het aandelenkapitaal naar de beurs.¹⁰⁵ Op deze wijze houdt de coöperatie beslissende zeggenschap in de NV. Het geval waarin een sub-houdstermaatschappij van een coöperatie beursgenoteerd is, wordt uitgewerkt door Verburg.¹⁰⁶

Nillesen, Financiering van grote coöperaties, Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht 1994, blz. 113-130.

101 Dortmund, loc.cit. (noot 100), blz. 18-19.

102 Verburg, loc.cit. (noot 100), blz. 91; overigens is vastgelegd, dat wanneer het nominale bedrag van alle uitstaande certificaten meer dan de helft zal bedragen van het totale bedrag aan uitstaande vermogenstitels, overleg plaats zal vinden tussen OPG, de Stichting Administratiekantoor en de Amsterdam Effectenbeurs (Verburg, loc.cit. noot 100, blz. 91-92).

103 Vergelijk Nillesen, loc.cit. (noot 100), blz. 123.

104 Zie Nillesen, loc.cit. (noot 100), blz. 125-126.

105 Nillesen, loc.cit. (noot 100), blz. 125.

106 Verburg, loc.cit. (noot 100), blz. 92-93; door Verburg wordt ook een 'combinatiemodel' geschetst, zie blz. 93.

Door Kemperink wordt als wijze van vorming van eigen vermogen van de coöperatie voorgesteld, dat het eigen vermogen door de leden van de coöperatie wordt ingebracht voor de duur van hun lidmaatschap. De coöperatie reserveert niet, maar doet het exploitatiesaldo jaarlijks integraal aan de leden toekomen. Wanneer de leden het door hen verschuldigde kapitaal niet gestort hebben, geschiedt dit in de vorm van omzetting van het exploitatiesaldo in stockdividendkapitaal, waarover door de coöperatie geen vennootschapsbelasting betaald hoeft te worden.¹⁰⁷

Ten slotte zijn constructies ontworpen, waarbij een coöperatie beherend vennoot is van een commanditaire vennootschap. De onderneming wordt ingebracht door de coöperatie, terwijl de commanditaire vennoot de financiële middelen inbrengt.¹⁰⁸

Medezeggenschap

Zijn constructies waarbij men bewerkstelligt dat eigen vermogen door derden wordt gefourneerd aan medezeggenschap van werknemers op grond van de WOR onderworpen? Van adviesplicht op grond van artikel 25 lid 1 sub a WOR zal geen sprake zijn, daar gemeenschappelijk element van de verschillende constructies is, dat er nu juist geen overdracht van (beslissende) zeggenschap plaatsvindt, daar deze bij de leden van de coöperatie geconcentreerd blijft. Zo wordt, indien een Stichting Administratiekantoor als lid deel gaat uitmaken van de coöperatie, het stemrecht van deze stichting beperkt.

In het hierboven geschetste geval dat een coöperatie (ondernemer) als beherend vennoot deel gaat uitmaken van een commanditaire vennootschap, lijkt mij dat een adviesplicht aanwezig kan zijn op grond van artikel 25 lid 1 sub b (duurzame samenwerking met een andere onderneming).

Wellicht kan men verdedigen dat er sprake is van een belangrijke wijziging van de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van de bevoegdheden in de onderneming (art. 25 lid 1 sub e BW). Met name op grond van het arrest van de Hoge Raad inzake *Heuga* kan men stellen dat een wijziging in de organisatie van de ondernemer (i.c. de coöperatie) een wijziging in de organisatie van de met deze coöperatie verbonden arbeidsorganisatie (onderneming) impliceert.

Omdat de hierboven beschreven constructies nu juist beogen geen wijzigingen in de zeggenschapsstructuur binnen de coöperatie tot stand te brengen,

107 Kemperink, loc.cit. (noot 97), blz. 147-148.

108 Nillesen, loc.cit. (noot 100), blz. 127-128.

zal er geen zeggenschapsverkrijging in de zin van de SER-Fusiegedragsregels plaatsvinden.

Indien de structuurcoöperatie die extern eigen vermogen wil aantrekken onderworpen is aan het structuurregime, dan rijst de vraag of een bestuursbesluit tot uitgifte van participatiebewijzen onderworpen zal zijn aan een goedkeuringsrecht ingevolge artikel 2:63j lid 1 sub a BW. In dit artikel wordt gesproken over 'schuldbewijzen'. Het lijkt mij in veel gevallen moeilijk te verdedigen dat participatiebewijzen (die eigen vermogen van de coöperatie genereren)¹⁰⁹ aangemerkt worden als schuldbewijzen.

Veelal zullen de bovenbesproken constructies statutenwijziging vereisen, zodat op grond van artikel 2:63j sub g BW goedkeuring van de raad van commissarissen verkregen moet worden voor het geval dat het bestuur een voorstel tot statutenwijziging doet.

8.3.2 *Commerciële stichting en vereniging*

Het eigen vermogen van stichtingen bestaat met name uit schenkingen, legaten, contributies, subsidies, winsten die zijn gegenereerd door middel van ondernemingsactiviteiten, en vergoedingen die zijn ontvangen voor verleende diensten.¹¹⁰ Bij stichtingen is het tevens mogelijk, dat er van 'aangeslotenen' bijdragen worden ontvangen.¹¹¹

Het eigen vermogen van verenigingen bestaat natuurlijk uit door de leden bijeengebrachte contributies. Daarnaast uit door de commerciële vereniging bijeengebrachte winsten uit ondernemingsactiviteiten.

Bestuursbesluiten die tot gevolg hebben dat het eigen vermogen van de commerciële stichting of vereniging toeneemt, zijn als zodanig niet aan een adviesrecht ex artikel 25 lid 1 WOR onderworpen. Denkbaar is wel dat een investering wordt gepleegd ten gevolge waarvan het eigen vermogen van de stichting uiteindelijk toeneemt. Het besluit tot investering kan aan advies ex artikel 25 lid 1 sub h WOR onderworpen zijn.

Commerciële stichtingen en verenigingen kunnen geen structuurrechtspersoon zijn, zodat een eventuele raad van commissarissen (veelal raad van toezicht genaamd) geen goedkeuringsrecht toekomt.

109 Vergelijk Eisma, loc.cit. (noot 74), blz. 40 en discussieverslag blz. 121-125.

110 Dijk/Van der Ploeg, blz. 48-49; C.W. de Monchy, Financiering en vermogensvorming bij vereniging en stichting, S&V 1989, blz. 160, 161.

111 De Monchy, loc.cit. (noot 110), blz. 162.

8.4 Vreemd vermogen; kredieten

8.4.1 Medezeggenschap bij kredietverlening aan de ondernemer

Er bestaat een enorme verscheidenheid aan kredieten die een onderneming om in zijn financieringsbehoefte te voorzien, kan aantrekken, zodat het ondoenlijk is een compleet overzicht van kredietfaciliteiten te schetsen. Indien de ondernemer vreemd vermogen aantrekt, komt hij tot de verstrekker van dit vreemd vermogen in een schuld-verhouding te staan. Hierboven¹¹² bleek al, dat de scheiding tussen eigen- en vreemd vermogen niet altijd even scherp te trekken is. Sommige financieringsmogelijkheden die ik hier onder de noemer vreemd vermogen behandel, dragen elementen van eigen vermogen in zich.¹¹³ Over het algemeen zal de verschaffer van vreemd vermogen zijn risico zo veel mogelijk beperken door goederenrechtelijke zekerheden te bedingen van de ondernemer.

In de WOR 1979 is een adviesrecht bij het aantrekken van (een belangrijk) krediet bij amendement opgenomen (art. 25 lid 1 sub i BW).¹¹⁴

In Inzicht wordt opgemerkt, dat het bij het aantrekken van belangrijke kredieten gaat om kredieten waardoor de ondernemer min of meer afhankelijk wordt van de kredietverstrekker.¹¹⁵ Voor de belangrijkheid van het aan te trekken krediet zijn de voorwaarden waaronder dit wordt verstrekt van belang.¹¹⁶ Wanneer het aantrekken van kredieten tot de normale bedrijfsuitoefening van een onderneming behoort, is het aantrekken ervan niet belangrijk voor de onderneming, en dus niet aan adviesplicht van de ondernemingsraad onderworpen.¹¹⁷ Van der Heijden geeft als voorbeeld van het aantrekken van een krediet het uitschrijven van een aandelenemissie.¹¹⁸ In

112 Zie ten aanzien van participatiebewijzen (par. 8.2.5).

113 Dit geldt met name voor converteerbare obligaties. De houder van deze obligaties kan namelijk op termijn aandelen verkrijgen.

114 Tweede Kamer 1977-1978, 13 954, nr. 145 was het oorspronkelijk amendement; later werd dit gewijzigd: Tweede Kamer 1977-1978, 13 954, nr. 195. Na kamerbehandeling is het adviesrecht bij het aantrekken van kredieten opgenomen in het gewijzigd ontwerp van wet: Tweede Kamer 1977-1978, 13 954, nr. 203.

115 Inzicht, blz. 106.

116 Inzicht, blz. 106.

117 Inzicht, blz. 107.

118 Van der Heijden, Ondernemingsraad (losbladig), artikel 25, aantekening 16. In gelijke zin: J. Meijer Timmerman Thijssen, Financiering van de onderneming (Kluwer-Deventer 1995), blz. 232.

een dergelijk geval zou ik niet van het aantrekken van een krediet willen spreken. Door een aandelenemissie wordt eigen vermogen door de vennootschap aangetrokken; slechts bij het aantrekken van vreemd vermogen zou ik willen spreken van het aantrekken van een krediet.

In de structuurregeling is een besluit van het bestuur omtrent het aantrekken van een krediet als zodanig niet aan goedkeuring onderworpen. Een goedkeuringsrecht bestaat (art. 2:63j/164 lid 1 sub a BW) in het geval van verkrijging van schuldbrieven ten laste van de rechtspersoon. Iedere uitgifte van schuldbrieven door de structuurrechtspersoon waarbij het bestuur betrokken is, is aan goedkeuring van de raad van commissarissen onderworpen; er is geen regeling getroffen over de omvang van het met de schuldbrieven te genereren vreemd vermogen. Ik vind het opmerkelijk, dat het aantrekken van een krediet met een bepaalde omvang als zodanig niet is opgenomen in de lijst van goedkeuringsplichtige besluiten van artikel 2:63j/164 lid 1 BW.¹¹⁹

Hieronder karakteriseer ik een aantal kredietvormen, en geef daarbij aan welke medezeggenschapsrechten werknemers(vertegenwoordigers) geldend kunnen maken.

Rekening-courantkrediet

Een krediet in de vorm van een rekening-courant kan worden verstrekt door een bank. De bank stelt een bepaalde limiet aan dit krediet (het maximum waarover de kredietvragende ondernemer kan beschikken). De ondernemer kan dan afhankelijk van de behoefte aan middelen over het krediet beschikken. Door middel van een rekening-courant krediet wordt voldaan aan een kredietbehoefte voor korte termijn.¹²⁰

Wanneer leningen worden aangetrokken die als ‘belangrijk’ in de zin van artikel 25 lid 1 sub i WOR gekwalificeerd kunnen worden, is het aantrekken van een dergelijke lening aan advies van de ondernemingsraad onderworpen.

Het aantrekken van een rekening-courantkrediet is niet te kwalificeren als de uitgifte van schuldbrieven in de zin van artikel 2:63j/164 lid 1 sub a BW,

119 Zoals hierboven (par. 2.4) bleek, wordt het goedkeuringsrecht op dit punt statutair wel eens uitgebreid.

120 H.C. Wytzes, Ondernemingsfinanciering (Stenfert Kroese-Leiden/Antwerpen 1985), blz. 13, 121. Overige ook door andere kredietinstellingen dan banken te verstrekken leningen laat ik hier onbesproken.

zodat geen goedkeuring van de raad van commissarissen verkregen hoeft te worden.

Achtergestelde geldlening

Een achtergestelde geldlening wordt gerekend tot het vreemd vermogen op lange termijn. De verstrekker van de achtergestelde lening ontvangt een vaste vergoeding per jaar; in geval van faillissement van de ondernemer is de verstrekker van de achtergestelde geldlening eerst gerechtigd tot het liquidatiesaldo, nadat alle concurrerende schulden zijn voldaan.¹²¹

Afhankelijk van de kwantiteit van de lening, zal sprake zijn van het aantrekken van een belangrijk krediet (art. 25 lid 1 sub i WOR). De Ondernemingskamer oordeelde over een besluit tot wijziging van een overeenkomst inzake een achtergestelde geldlening in de zaak *RBC/NOI*.¹²² Het onderhavige besluit wordt door de Ondernemingskamer kennelijk onredelijk geacht, omdat de bestuurder niet heeft aangegeven welk belang er voor de vennootschappen en de met hen verbonden ondernemingen met de wijzigingsovereenkomst wordt gediend; dit klemmt met name daar de wijzigingsovereenkomst een bepaling bevat die voor het voortbestaan van de vennootschappen zeer bedreigend is.

De structuurregeling biedt geen goedkeuringsrecht bij verkrijgen van krediet door middel van een achtergestelde geldlening.

Obligaties

Eén van de hoofdvormen van vreemd vermogen dat door een ondernemer aangetrokken kan worden is een obligatielening. Via intermediair van een bank (of een trustkantoor) richt een ondernemer zich tot (institutionele) beleggers, die deel kunnen nemen in de lening. De obligatielening is verdeeld in coupures; de obligaties zijn veelal ter beurse genoteerd. In het algemeen wordt de rentevergoeding vastgelegd voor de gehele looptijd van de lening.¹²³ Obligaties worden in boek 2 BW als zodanig niet genoemd, maar aangeduid als schuldbrieven.¹²⁴

121 Duffhues, deel 2 (op.cit. noot 61), blz. 401; A. van Hees, De achtergestelde vordering, in het bijzonder de achtergestelde geldlening (Kluwer-Deventer 1989) en van dezelfde auteur: De achtergestelde geldlening, TVVS 1990, blz. 30-33.

122 RBC/NOI, Hof Amsterdam (OK) 17 augustus 1995, JAR 1995, 197; SR 1995, blz. 343-344 (commentaar Sprengers).

123 Wytzes, op.cit. (noot 120), blz. 95.

124 Zie bijvoorbeeld de artikelen 2:102/103 BW.

Een vrij nieuw financieringsinstrument vormen de zogenaamde *junk bonds* ('wegwerp-obligaties')¹²⁵ en *zero bonds* (nul-coupon obligaties)¹²⁶.

Tot het uitgeven van een obligatielening is het bestuur van de rechtspersoon bevoegd.

Indien door de vennootschap een obligatielening wordt aangetrokken zal, afhankelijk van de omvang van de lening, sprake kunnen zijn van het aantrekken van een belangrijk krediet in de zin van artikel 25 lid 1 sub i WOR, zodat advies gevraagd moet worden aan de ondernemingsraad.

Indien de ondernemer een structuurrechtspersoon is, dient op grond van artikel 2:63j/164 lid 1 sub a BW goedkeuring voor het bestuursbesluit omtrent het aantrekken van een obligatielening verkregen te worden.

Converteerbare obligaties

Een species van de obligatie vormt de converteerbare obligatie. Converteerbare obligaties zijn te omschrijven als obligaties die tegen bij de uitgifte vastgestelde voorwaarden kunnen (of moeten) worden ingewisseld tegen aandelen.¹²⁷ Converteerbare obligaties kunnen door de vennootschap zelf worden uitgegeven, maar meestal geschiedt dit met tussenkomst van een trustmaatschappij.¹²⁸

Hoewel de converteerbare obligatielening tot het vreemd vermogen van de vennootschap gerekend wordt, is het karakter door de conversiemogelijkheid enigszins hybride, daar de vennootschap na conversie eigen vermogen verkrijgt.

125 Zie Duffhues, deel 2 (op.cit. noot 61), blz. 435-438; A.B. Dorsman/P. Sneep, Vermogensmarkt en nieuwe financiële instrumenten, in: A.B. Dorsman e.a., Het financiële systeem in ontwikkeling (Stenfert Kroese-Leiden 1989), blz. 207, omschrijven *junk bonds* als obligaties met een hoge couponrente en een hoog kwaliteitsrisico. *Junk bonds* worden met name gebruikt bij een (onvriendelijke) overname. De obligaties worden bij het slagen van het bod afgelost uit de middelen die bij de overgenomen onderneming vrijkomen.

126 Tussen het moment van uitgifte en de aflossing vindt geen periodieke rentebetaling plaats. De rente wordt in de uitgiftekoers verdisconteerd, zie Dorsman/Sneep, loc.cit. (noot 125), blz. 207. Overigens kunnen velerlei soorten van obligaties worden onderscheiden: achtergestelde obligaties, winstdelende obligaties etc.

127 Van Schilfgaarde, BV en NV, nr. 39; zie uitgebreid: F.J.P. van den Ingh, De converteerbare obligatie, in: Converteerbare obligaties en aandelen (Kluwer-Deventer 1993), blz. 1-19, en Eisma, loc.cit. (noot 74).

128 Van den Ingh, loc.cit. (noot 38), blz. 5.

Voor uitgifte van converteerbare obligaties is een besluit van de algemene vergadering vereist.¹²⁹

Indien een converteerbare obligatielening wordt uitgeschreven, dan zal er afhankelijk van de met de lening gemoeide bedrag sprake zijn van een het aantrekken van een belangrijk krediet, zodat op grond van artikel 25 lid 1 sub i WOR advies aan de ondernemingsraad gevraagd moet worden.¹³⁰ Daarnaast is het mogelijk, dat op het moment van conversie van de obligatie feitelijk een overdracht van zeggenschap over de onderneming in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR plaatsvindt.¹³¹

Tevens is het mogelijk, dat op het moment van conversie zeggenschap in de zin van de SER-Fusiegedragsregels wordt verkregen. Dit zal afhankelijk zijn van de modaliteiten van de conversie. Door de Commissie voor Fusie-aangelegenheden is overwogen, dat een transactie met een eraan verbonden conversierecht onder de Fusiecode kan vallen, wanneer de modaliteiten van de conversiemogelijkheid van tevoren volledig zijn vastgesteld, zodat de uiteindelijke beslissing omtrent de conversie in wezen eenzijdig aan de geldschietter toekomt.¹³² Eenzelfde redenering werd ook door de Commissie gehanteerd bij een optierecht.¹³³ Het uitschrijven van een converteerbare obligatielening is onderworpen aan goedkeuring krachtens artikel 2:63j/164 lid 1 sub a BW.

Commercial paper en Medium Term Notes

Commercial paper kan worden omschreven als een verhandelbaar schuldbewijs dat wordt uitgegeven door niet kredietinstellingen (lagere overheden, nutsbedrijven, industriële ondernemingen) in coupures van 1 miljoen met een looptijd die varieert van 1 tot 24 maanden.¹³⁴ Met *commercial papers* vergelijkbaar zijn de *certificates of deposit*. Belangrijk verschil met het

129 Het conversierecht is een recht tot het nemen van aandelen, dat op grond van artikel 2:96 lid 5 BW gelijkgesteld wordt met het uitgeven van aandelen, vergelijk Van den Ingh, loc.cit. (noot 127), blz. 6. Delegatie van de uitgiftebevoegdheid aan een ander orgaan is dus mogelijk.

130 Zie ook J.W. van der Staay, Meldings-, informatie- en overlegverplichtingen, in: *Converteerbare obligaties en aandelen* (Kluwer-Deventer 1993), blz. 179 en S. Perrick, *Converteerbare obligaties*, NIBE Bankjuridische reeks deel 27 (NIBE-Amsterdam 1995), blz. 20.

131 Van der Staay, loc.cit. (noot 130), blz. 180.

132 Commentaar Fusiegedragsregels, blz. 101.

133 Zie paragraaf 8.2.5, en Van Staay, loc.cit. (noot 130), blz. 175.

134 Vergelijk Duffhues, deel 2 (op.cit. noot 61), blz. 443.

commercial paper is, dat deze vermogenstitels worden uitgegeven door bankinstellingen.¹³⁵

Medium Term Notes zijn te definiëren als een verhandelbaar schuldbewijs met een middellange looptijd (2-5 jaar). De coupure bedraagt f 1 miljoen.¹³⁶ De *Medium Term Notes* doen sterk denken aan *commercial paper*. Belangrijk verschil is de looptijd.

Het verkrijgen van vreemd vermogen door middel van deze stukken zal, door de omvang van minimaal f 1 miljoen, veelal beschouwd kunnen worden als het aantrekken van een belangrijk krediet, zodat advies aan de ondernemingsraad gevraagd zal moeten worden op grond van artikel 25 lid 1 sub i WOR.

Deze stukken zijn aan te merken als schuldbrieven,¹³⁷ zodat bij uitgifte door een structuurrechtspersoon een goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen vereist is (art. 2:63j/164 lid 1 sub a BW).

Leasing

Leasing is te omschrijven als een contract waarbij de contractspartijen, uitgaande van een bepaalde band tussen duur van het contract en economische bruikbaarheid van het object, overeenkomen dat de ene partij (lessor) zonder afstand te doen van de juridische eigendom zich verplicht het genot van een zelfstandig object aan de andere partij (lessee) af te staan en deze zich verplicht tot een adequate vergoeding voor het genot zonder daarbij primair het oogmerk te hebben de juridische eigendom te verwerven.¹³⁸ Onderscheid wordt gemaakt tussen *operational* en *financial leasing*. Wanneer het economisch risico bij de lessor ligt, is er sprake van *operational leasing*. Operational lease wordt vaak gebruikt wanneer de lessee een bepaald actief slechts gedurende korte perioden nodig heeft (bijvoorbeeld voor een bepaald seizoen of een bepaalde opdracht). Van *financial leasing* is sprake wanneer het economisch risico substantieel bij de lessee ligt en de

135 Duffhues, deel 2 (op.cit. noot 61), blz. 446; S. Perrick/V.P.G. de Serièrè, *Effecten (algemeen deel)* (Kluwer-Deventer 1991), blz. 17-19.

136 Duffhues, deel 2 (op.cit. noot 61), blz. 441; vergelijk E.M. van Ardenne-Stachiw, *Medium Term Notes*, TVVS 1991, blz. 118-123.

137 Perrick/De Serièrè, op.cit. (noot 135), blz. 17-18.

138 H. Beckman/A.W.A. Joosen, *Leasing van roerend en onroerend goed* (Stenfert Kroese-Leiden 1989), blz. 30; vergelijk over leasing het preadvies van W.M. Kleijn/J.S. Rijkels voor de Vereniging 'Handelsrecht' in 1989 en K. Breken in: *Financiering van de onderneming* (Vademecum Ondernemingsrecht, Kluwer-Deventer 1995), hoofdstuk 5.

contractsduur nagenoeg of geheel gelijk is aan de getaxeerde bruikbaarheidsduur van het object. De financial lease-overeenkomst wordt gekenmerkt door het feit dat zij niet opzegbaar is.¹³⁹

Het aangaan van een lease-overeenkomst is feitelijk een vorm van kredietverstrekking aan de ondernemer, zodat afhankelijk van de omvang van het aan de ondernemer verstrekte krediet, advies gevraagd moet worden op grond van artikel 25 lid 1 sub i WOR.

Een lease-overeenkomst is niet als schuldbrief te kwalificeren, zodat het besluit van het bestuur van de structuurrechtspersoon tot het aangaan van een lease-overeenkomst niet aan goedkeuring van de raad van commissarissen onderworpen zal zijn.

Overige kredietvormen

Onder *leverancierskrediet* is te verstaan het krediet dat een onderneming verstrekt aan haar afnemers.¹⁴⁰ Deze kredietverstrekking houdt in, dat goederen worden geleverd of diensten worden verstrekt tegen betaling over enige tijd. Leverancierskrediet wordt door ondernemingen onderling verstrekt.¹⁴¹

Afhankelijk van de omvang van het krediet (de 'belangrijkheid'), kan het aangaan van leverancierskrediet een adviesplichtig besluit zijn in de zin van artikel 25 lid 1 sub h WOR. Aangezien leverancierskredieten veelal tot de gewone bedrijfshuishouding behoren, zullen zij vaak niet aan adviesplicht onderworpen zijn omdat zij niet 'belangrijk' zijn.

De leverancier die leverancierskredieten verstrekt zal op zijn beurt weer gebruik kunnen maken van een factormaatschappij. *Factoring* houdt in dat een professionele factormaatschappij de debiteurenportefeuille van de leverancier overneemt.¹⁴²

Naast leverancierskrediet bestaat ook *afnemerskrediet*. Daaronder wordt het krediet verstaan dat een afnemer verleent aan zijn toekomstige leverancier.¹⁴³

139 Beckman/Joosen, op.cit. (noot 138), blz. blz. 31-33.

140 Wytzes, op.cit. (noot 120), blz. 344.

141 Vergelijk uitgebreid: Wytzes, op.cit. (noot 120), hoofdstuk 14.

142 Ik laat factoring hier onbesproken, en verwijs naar Wytzes, op.cit. (noot 120), blz. 358-366, en C.A. Nape, Factoring, WPNR 6141 (1994), blz. 431-437 en A. Voûte in: Financiering van de onderneming (losbladig), hoofdstuk 6, alwaar op blz. 352-353 aandacht voor de kredietverstrekking die de factor aanbiedt.

143 Duffhues, deel 1 (op.cit. noot 1), blz. 131.

Een relatief nieuwe vorm van financiering is *securitisation*, waardoor een vreemd-vermogenstransactie verhandelbaar wordt gemaakt.¹⁴⁴

8.4.2 Medezeggenschap bij kredietverstrekking door de ondernemer

De WOR voorziet niet in een adviesrecht bij kredietverstrekking door de ondernemer, zodat bijvoorbeeld het verstrekken van een leverancierskrediet niet adviesplichtig is. Opmerkelijk is, dat tijdens de parlementaire behandeling de aandacht met name gericht is geweest op het aantrekken van een (belangrijk) krediet. Kredietverstrekking door de ondernemer is alleen aan de orde geweest ten aanzien van banken en verzekeringsmaatschappijen. Opgemerkt werd, dat het niet zinvol was kredietverstrekking onder het adviesrecht te brengen, daar dit tot de ongewenste consequentie zou leiden, dat banken en andere kredietverstrekkenende maatschappijen advies zouden moeten vragen aan de ondernemingsraad.¹⁴⁵ Dit is een eigenaardige redenering, want dergelijke kredietverstrekkingen zijn een zo vanzelfsprekend onderdeel van de dagelijkse werkzaamheden van deze instellingen, dat deze niet belangrijk en derhalve niet adviesplichtig zijn.

Het is een lacune in de huidige WOR dat kredietverstrekking buiten de 'normale bedrijfsuitoefening' buiten de adviesplicht van artikel 25 valt, daar met name in concernverhoudingen kredietverstrekking grote gevolgen kan hebben (zie par. 8.5 hieronder). Een deel van de SER bepleitte indertijd uitbreiding van het adviesrecht op dit punt¹⁴⁶ en het Kabinet is van mening dat de WOR op dit punt uitgebreid moet worden omdat een besluit tot kredietverstrekking aan derden van wezenlijk belang is voor de continuïteit van de onderneming.¹⁴⁷

Kredietverstrekking valt niet onder de lijst van goedkeuringsplichtige besluiten van artikel 2:63j/164 lid 1 BW. Dit is naar mijn mening een lacune, daar

144 Zie Duffhues, deel 2 (op.cit. noot 61), blz. 200; vergelijk ook de bijdragen van M.H.E. Rongen en R.A. Dudok van Heel in de bundel 'Financiering en aansprakelijkheid' (Tjeenk Willink-Zwolle 1994) en hoofdstuk 7 van Financiering van de onderneming (losbladig).

145 Eerste Kamer 1978-1979, 13 954, nr. 8c, blz. 8-9 en Eerste Kamer 1978-1979, 13 954, nr. 8d, blz. 15-16.

146 SER-advies 1992/07, blz. 33. Ook in Tweede Kamer 1984-1985, 18 980, nrs. 1-2, blz. 21 (Onvolkomenheden, onduidelijkheden en/of omissies in de Wet op de ondernemingsraden) werd overigens het gebrek aan adviesplicht bij kredietverlening aan derden als lacune aangemerkt.

147 Tweede Kamer 1994-1995, 24 132, nr. 1, blz. 9. Verder: Kabinetsstandpunt.

kredietverstrekkingen de continuïteit van de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming in gevaar kan brengen.

8.5 Concernfinanciering

8.5.1 Wijze van concernfinanciering

Over de wijze waarop een concern in zijn financieringsbehoefte voorziet, is veel literatuur ontstaan.¹⁴⁸ In deze paragraaf wordt een aantal methoden van concernfinanciering aangestipt.

Vreemd vermogen verkrijgt het concern van derden, veelal een bank. Het is mogelijk, dat de verschillende concernmaatschappijen vrij zelfstandig binnen het concern opereren en daarom ieder afzonderlijk met de bank kredietrelaties onderhouden.¹⁴⁹ De dochtermaatschappij zal zekerheid voor de aflossing van haar schulden verschaffen. Daarnaast verschaft de moedermaatschappij vice versa zekerheden. Denkbaar is dat de moedermaatschappij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de schulden van de dochtermaatschappij. Indien de moedermaatschappij geen zekerheid wenst te stellen, kan zij een patronaatsverklaring afgeven.¹⁵⁰ Ook is het mogelijk dat de moeder in plaats van hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling kiest voor borgtocht.¹⁵¹

Uit efficiency- en economische overwegingen wordt in concerns de financiering van de verschillende concernonderdelen veelal gecentraliseerd.¹⁵² In dat geval wordt een geconsolideerd krediet aan het concern verstrekt.¹⁵³ Hiertoe kan een *cash-management* in het leven geroepen worden dat belast is met het financiële beheer en dus ook financiering van het concern. Het

148 Ik volsta met verwijzing naar het proefschrift van J.W. Winter, *Concernfinanciering* (Kluwer-Deventer 1992); J.W. Winter e.a., *Beschouwingen over concernfinanciering* (Kluwer-Deventer 1993) en de (congres)bundel: *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering* (Kluwer-Deventer 1987) waarin bijdragen van Honée, Van der Grinten, Maeijer, Van Schilfgaarde, Langman en Bloemarts.

149 Over deze situatie: Winter, op.cit. (noot 148), hoofdstuk 1.

150 Vergelijk Winter, op.cit. (noot 148), hoofdstuk 1, paragraaf 2.4.

151 Winter, op.cit. (noot 148), blz. 26-28.

152 Winter, op.cit. (noot 148), blz. 37.

153 Zie hoofdstuk 2 van de dissertatie van Winter (op.cit. noot 148).

cash-management kan uitgeoefend worden door de holding of een speciaal voor dit doel in het leven geroepen financieringsvennootschap.

Mogelijk is dat iedere concernmaatschappij een eigen rekening bij de bank heeft. Debetsaldi en creditsaldi van concernvennootschappen kunnen gecompenseerd worden. De Nederlandse Bank stelt hieraan de voorwaarde dat de verschillende vennootschappen zich hoofdelijk aansprakelijk stellen voor elkaars schulden. Voor deze hoofdelijke aansprakelijkheid zullen veelal zekerheden gesteld worden.

Een variant is het centraal kasbeheer. Een holding of financieringsmaatschappij treedt op als bankier van het concern. Alle liquiditeiten van de dochters worden aan de centrale kas afgedragen. Alle debet- en creditstanden van de bankrekeningen van de werkmaatschappijen worden gesaldeerd en de dochters zijn voor het verkrijgen van krediet aangewezen op centrale financiering. Deze financiering geschiedt doordat de holding/financieringsmaatschappij rekening-courantkrediet verkrijgt van een bank, en vervolgens zelf weer kredieten in rekening-courant verstrekt aan de concernvennootschappen. Omdat de waarde van de aandelen van de dochtervennootschappen uitgehold kan worden door toedoen van die vennootschappen, zal de bank alleen tot financiering willen overgaan, nadat alle concernvennootschappen zich hoofdelijk aansprakelijk hebben gesteld en goederenrechtelijk zekerheden hebben gesteld.

Iedere concernvennootschap is nu aansprakelijk voor de totale concernschuld terwijl het eigen aandeel in die schuld altijd geringer zal zijn en zelfs nihil kan bedragen. Raakt het concern in financiële moeilijkheden, dan rijst nogal eens de vraag of men verschaffing van de zekerheden en hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling kan aantasten op grond van een *actio Pauliana* of doeloverschrijding.¹⁵⁴ Ook speelt, met name bij de ontvlechting van concerns, de vraag of een uitgewonnen hoofdelijke schuldenaar een regresrecht heeft tegen de overige hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren.¹⁵⁵ Daarnaast

154 Zie hierover met name: Asser-Maeijer 2 III, nr. 617; Winter, op.cit. (noot 148), hoofdstuk 8 en hoofdstuk 12 (*actio Pauliana*) en de uitspraak inzake Amstelland, Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 en S.M. Bartman in *Juridisch Up to date* 1995/21, blz. 2-7. Zie over Amstelland: M.P. van Achterberg, *Financiële kruisverbanden, doeloverschrijding en concrete instructies in concernverhoudingen: een beschouwing naar aanleiding van de uitspraak inzake Amstelland Concern-beheer NV*, NV 66 (1988), blz. 137-142.

155 Zie over het regresrecht: Winter, op.cit. (noot 148), hoofdstuk 11, en H.P.J. Ophof in: *Sanering en herstructurering van Ondernemingen*, onderdelen 5.3 en 5.5 (Kluwer, losbladig).

kan men zich afvragen in hoeverre instructies van de moeder tot hoofdelijke aansprakelijkheids- en zekerheidsstelling ten behoeve van derden het bestuur van de dochter juridisch binden. In de *Amstelland-zaak*¹⁵⁶ is beslist, dat een niet-statutaire concrete instructie van de moeder die in het belang van het concern is, het bestuur van de dochtervennootschap in principe juridisch bindt.¹⁵⁷

8.5.2 Medezeggenschap bij concernfinanciering

Kredietverstrekking

In het kader van concernfinanciering worden door de dochter- dan wel moedermaatschappijen beslissingen genomen over het aantrekken van kredieten. Momenteel zijn dergelijke beslissingen, afhankelijk van de omvang van het gevraagde krediet (de belangrijkheid), adviesplichtig op grond van artikel 25 lid 1 sub i WOR. Wanneer door de moedermaatschappij een geconsolideerd krediet wordt aangetrokken zal dit als aangelegenheid van gemeenschappelijk belang in de zin van artikel 35 lid 1 WOR aangemerkt worden, zodat een adviesrecht toekomt aan de centrale ondernemingsraad.

Indien de kredietfaciliteiten zijn geconsolideerd en een systeem bestaat van centraal cash management, zullen de concernmaatschappijen ook onderling kredieten aan elkaar verstrekken.

Het verstrekken van een krediet is niet aan advies van de ondernemingsraad onderworpen. Dat is in het licht van concernfinanciering en de hierbij veelal aanwezige hoofdelijke aansprakelijkheidsstellingen te beschouwen als een lacune. Zoals hierboven al werd opgemerkt is aanvulling van de WOR op dit punt te verwachten.¹⁵⁸

Indien een krediet wordt aangetrokken door een structuurvennootschap, is de raad van commissarissen niet gerechtigd tot het geven van goedkeuring op grond van artikel 2:63j/164 lid 1 sub a BW, daar een dergelijke kredietverstrekking niet als de uitgifte van schuldbrieven gekwalificeerd kan worden. Zoals ik hierboven al opmerkte, acht ik het een tekortkoming van artikel 2:63j/164 lid 1 BW dat de verstrekking van krediet door een structuurrechtspersoon aan derden niet aan goedkeuring van de raad van commissarissen is onderworpen.

156 Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37; H. de Groot, *Concernverhoudingen en de rebellie van de twee Amstelland-dochters*, Bb 1989, blz. 30-32.

157 Van Achterberg, loc.cit. (noot 154), blz. 142.

158 Kabinetsstandpunt blz. 9.

Zekerheidsstelling

Bij concernfinanciering zijn zekerheidsstellingen door de verschillende concernmaatschappijen zeer gebruikelijk. De WOR biedt de ondernemingsraad op dit moment geen adviesrecht voor het geval dat de ondernemer zich zeker stelt voor schulden van hemzelf, dan wel andere concernmaatschappijen. Hierboven (8.4.1) bleek, dat een zekerheidsstelling wél van belang is voor de 'belangrijkheid' van een aan te trekken krediet.¹⁵⁹ Buiten het adviesrecht van de ondernemingsraad vallen zekerheidsstellingen die worden verleend zonder samenhang met een door de ondernemer aangetrokken krediet. Dit is een belangrijke lacune in het adviesrecht¹⁶⁰, daar nu juist bij concernfinanciering zekerheidsstellingen in de vorm van hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling voor concernschulden veelvuldig voorkomen, en dergelijke zekerheidsstellingen zeer ingrijpende gevolgen kunnen hebben voor, uiteindelijk, het voortbestaan van een onderneming. Het Kabinet is voornemens de WOR op dit punt aan te passen en het adviesrecht uit te breiden tot zekerheidsstellingen voor belangrijke schulden van derden.¹⁶¹

In hoofdstuk 1 (par. 1.4) kwam de verstrekking van financiële informatie aan de orde. Op grond van de artikelen 31 en 31a WOR beschikt de ondernemingsraad over financiële informatie over de ondernemer en de groep waarmee de onderneming is verbonden.

Ook op grond van de structuurregeling is zekerheidsstelling door een structuurrechtspersoon niet aan goedkeuring van de raad van commissarissen onderworpen. Naar mijn mening kan een besluit tot zekerheidsstelling door een rechtspersoon dermate ingrijpend zijn voor deze rechtspersoon, dat een voornemen daartoe aan een goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen onderworpen zou moeten zijn.

Concernfinanciering is een aantal maal onderwerp geweest van een enquêteprocedure. Ik verwijz hiervoor naar paragraaf 3.1.

159 J. Bloemarts, *Concernverhoudingen, concernfinanciering en werknemerszeggenschap*, in: *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering* (Kluwer-Deventer 1987), blz. 112, merkt op, dat elk bankkrediet waarbij de onderneming vergaande verplichtingen tot het stellen van zekerheid op zich neemt, naar zijn mening als belangrijk moet worden aangemerkt.

160 Ook Bloemarts spreekt zich in deze zin uit, loc.cit. (noot 159), blz. 113.

161 Kabinetsstandpunt, blz. 9.

8.6 Investerings en desinvesteringen

Investerings

Van een investering is sprake indien gelden van de ondernemer worden vastgelegd in duurzame bedrijfsmiddelen ten behoeve van de eigen onderneming.¹⁶² In de bedrijfseconomische literatuur wordt investeren omschreven als het geheel van doelstellingen, analyses rekentechnieken en beslissingsregels met betrekking tot het vastleggen van vermogen.¹⁶³ Daarbij wordt onderscheiden naar bruto-investeringen (het totaal van investeringen in vaste activa, ongeacht of dit leidt tot uitbreiding dan wel tot vervanging van vaste activa), netto-investeringen (uitbreidingsinvesteringen)¹⁶⁴ en vervangingsinvesteringen (investeringen die de plaats innemen van vermogensvastleggingen in het verleden).¹⁶⁵

Indien de ondernemer voornemens is een belangrijke investering te plegen ten behoeve van de onderneming, dan is het besluit hiertoe adviesplichtig op grond van artikel 25 lid 1 sub h WOR. Adviesplicht bij investeringen is bij amendement in de WOR 1979 opgenomen.¹⁶⁶ Tijdens de behandeling bij de Tweede Kamer bleef een nadere invulling van het adviesrecht bij investeringen achterwege.¹⁶⁷ Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer wordt

162 Inzicht, blz. 106, waar de volgende voorbeelden worden gegeven: investeringen die betrekking hebben op een belangrijke uitbreiding of andere wijziging in de werkzaamheden van de onderneming, belangrijke investeringen in gebouwen, belangrijke vervangingsinvesteringen; zoals hieronder zal blijken zijn deze voorbeelden ontleend aan de wetsgeschiedenis.

163 Duffhues, deel 1 op.cit. (noot 1), blz. 329.

164 Deze zijn gelijk aan de bruto-investeringen minus de afschrijvingen.

165 Duffhues, deel 1 op.cit. (noot 1), blz. 329.

166 In eerste instantie werd een amendement ingediend dat aan artikel 25 WOR een adviesrecht toevoegde bij 'het doen van vervangingsinvesteringen' (Tweede Kamer 1977-1978, 13 954, nr. 152); dit amendement werd gewijzigd tot: 'het doen van een belangrijke investering ten behoeve van de onderneming', Tweede Kamer 1977-1978, 13 954, nr. 196. Bij het amendement is geen toelichting opgenomen; wel is een aantal voorbeelden gegeven: investeringen, die betrekking hebben op een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming, belangrijke investeringen in gebouwen, belangrijke vervangingsinvesteringen. Vergelijk Tweede Kamer 1978-1979, 13 954, nr. 203 (ontwerp van wet, zoals het luidt na de daarin tot en met 21 september 1978 aangebrachte wijzigingen).

167 Handelingen Tweede Kamer 20 september 1978, blz. 41. Door de indieners van het amendement wordt aan de regering gevraagd, welke investeringen thans niet onder de opsomming van artikel 25 lid 1 WOR vallen. In eerste instantie menen zij, dat slechts

geconstateerd dat het begrip 'investering' nauwelijks is geconcretiseerd, en wordt om nadere toelichting verzocht.¹⁶⁸ De minister acht de gegeven toelichting toereikend, zodat een nadere concretisering achterwege blijft.¹⁶⁹

In Inzicht wordt een aantal voorbeelden van investeringen gegeven; zo is de koop van een bedrijfspand een investering, of het afsluiten van een lening onder de voorwaarde van eigendom tot zekerheid van de gehele bedrijfsinventaris. Van een 'belangrijke investering' is alleen sprake, wanneer de investering niet behoort tot de normale bedrijfsuitoefening van de onderneming; duidelijk is dat het doen van een belegging door een bank niet als adviesplichtige advisering aangemerkt kan worden.¹⁷⁰

In de rechtspraak is het adviesrecht van de ondernemingsraad bij een investering een aantal maal aan de orde geweest. De uitspraken spitsen zich met name toe op de vraag, of een investering 'belangrijk' is. Zo oordeelde de Ondernemingskamer, dat het invoeren van een 'sluitfluit' bij bepaalde treinstellen geen belangrijke investering is, daar deze een bedrag van 3,5 à 4 miljoen bedraagt welk bedrag op een totaal jaarlijks investeringvolume van 900 miljoen niet belangrijk is.¹⁷¹

Ook een investering van 2 miljoen voor de aanschaf van computers door de AMRO-bank werd niet belangrijk geacht.¹⁷²

Bij twee autobusdiensten werd geprocedeerd over de vraag of een investering ten behoeve van de invoering van een bepaald vervoersinformatiesysteem adviesplichtig was. Bij beide autobusmaatschappijen bedroeg de investering ongeveer 2 miljoen gulden. In de gegeven omstandigheden was deze investering belangrijk.¹⁷³

vervangingsinvesteringen buiten deze opsommingen vallen.

168 Handelingen Eerste Kamer 3 juli 1979, blz. 1222.

169 Handelingen Eerste Kamer 3 juli 1979, blz. 1256.

170 Inzicht, blz. 106.

171 Sluitfluit, Hof Amsterdam (OK) 17 maart 1983, NJ 1984, 758 (noot Maeijer); TVVS 1983, blz. 245-246 (commentaar Rood). In de uitspraak wordt expliciet overwogen, dat indien de NS in de toekomst belangrijke investeringsbeslissingen neemt (ten aanzien van de invoering van een sluitfluit) voor nieuw materieel deze investeringsbesluiten adviesplichtig zijn.

172 AMRO, Pres. Rb. Amsterdam 25 oktober 1984; Hof Amsterdam (OK) 21 december 1984, RMZ 1984, nr. 41.

173 VAD, Hof Amsterdam (OK) 23 januari 1986, ROR 1986, 18; Zuidooster, Hof Amsterdam (OK) 23 januari 1986, ROR 1986, 19.

Een investering van 11,6 miljoen is op een gemiddelde jaarlijkse investeringssom van 30 miljoen belangrijk, zodat advies gevraagd had moeten worden.¹⁷⁴

Op zich is een investeringsbegroting niet aan een adviesrecht van de ondernemingsraad onderworpen. Dat is anders indien de afspraak bestaat tussen ondernemer en ondernemingsraad jaarlijks alle voorziene investeringen in één besluitvormingsproces af te doen, waardoor ook minder belangrijke investeringen ter advisering worden voorgelegd.¹⁷⁵

Indien het bestuur van een structuurrechtspersoon voornemens is een besluit te nemen omtrent een investering, is dit aan goedkeuring van de raad van commissarissen onderworpen indien met deze investering een bedrag gemoeid is van een kwart van het geplaatste kapitaal en reserves (art. 2:164 lid 1 sub f BW).¹⁷⁶ Dit bedrag kan statutair lager gesteld worden, wat in de praktijk ook gebeurt.¹⁷⁷ Timmerman merkt op dat dergelijke investeringen niet voorkomen. Een eerste reden hiervoor is de kwantiteit van de investering. Hiernaast vinden in een concernverhouding investeringen vaak niet plaats bij de topvennootschap, maar bij de dochtervennootschappen. Besluiten tot investeringen bij dochtervennootschappen vallen niet onder het goedkeuringsrecht.¹⁷⁸

Desinvestering

Slechts ten aanzien van investeringen is een adviesrecht opgenomen in de WOR. Dat betekent, dat desinvesteringen¹⁷⁹ als zodanig niet adviesplichtig zijn. Adviesplicht bestaat alleen, indien het een desinvestering betreft die als één van de andere adviesplichtige besluiten van artikel 25 lid 1 WOR gekwalificeerd kan worden.¹⁸⁰

174 Smit Vlootbeheer, Hof Amsterdam (OK) 28 maart 1991, ROR 1991, 9.

175 Ziekenhuis de Heel, Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1990, NJ 1992, 101; SR 1991, blz. 183-184 (commentaar Dorresteyn).

176 Voor de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij: investeringen die een bedrag vereisen, gelijk aan een vierde van het eigen vermogen, artikel 2:63j sub f BW.

177 Zie paragraaf 2.4 hiervoor.

178 Timmerman, Rechtspersonen (losbladig) artikel 164, aantekening 3; terecht wordt opgemerkt dat het eigenaardig is, dat hier niet is vastgelegd dat er ook goedkeuring vereist is, wanneer het bestuur een besluit neemt omtrent investeringen door afhankelijkke maatschappijen.

179 Het vrijvallen van eerder geïnvesteerd vermogen; desinvesteringen verlagen de totale aanschaffingswaarde van de vaste activa, zie Duffhues deel I op.cit. (noot 1), blz. 330.

180 Inzicht, blz. 106.

Reeds spoedig na de totstandkoming van de derde WOR werden de onvolkomenheden in de WOR geïnventariseerd. Daarbij werd het feit dat bij desinvesteringen geen adviesrecht bestaat als lacune aangemerkt.¹⁸¹ In het SER-advies 1992/07 is aan dit specifieke punt geen aandacht besteed.

In de rechtspraak is één maal uitspraak gedaan over een desinvestering; deze werd door de kantonrechter Amsterdam niet adviesplichtig geacht.¹⁸²

Ook in de structuurregeling is niet in een goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen bij desinvesteringen voorzien; in artikel 2:164 lid 1 sub f BW wordt slechts gesproken van investeringen.

8.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre werknemersvertegenwoordigers invloed kunnen uitoefenen op door de ondernemer te treffen financierings- en investeringsbeslissingen.

Allereerst heb ik mij gericht op het aantrekken van eigen vermogen. Bij de NV en BV bestaat het eigen vermogen in ieder geval gedeeltelijk uit aandelen. Besluiten tot emissie van aandelen zijn slechts aan medezeggenschap van de ondernemingsraad onderworpen indien deze emissie een overdracht van zeggenschap in de zin van artikel 25 lid 1 sub a WOR impliceert. Dat zal veelal niet het geval zijn. Indien aandelen worden uitgegeven in het kader van een beschermingsconstructie kan dit anders liggen, juist omdat men in dat geval een (tijdelijke) zeggenschapsoverdracht naar een bevriende relatie wil bewerkstelligen. In dergelijke gevallen kunnen ook overlegverplichtingen met de vakorganisaties op grond van de SER-Fusiegedragsregels ontstaan.

De structuurregeling kent aan de raad van commissarissen een goedkeuringsrecht toe indien het bestuur een besluit neemt omtrent de emissie van aandelen.

Met name bij coöperaties is het aantrekken van eigen vermogen bij derden niet altijd even gemakkelijk. In de praktijk is een aantal constructies ontworpen om voor coöperaties eigen vermogen te genereren. Deze constructies zijn voor een gedeelte onder de limitatieve opsomming van de adviesplichtige besluiten van artikel 25 WOR te brengen. De SER-Fusiege-

181 Tweede Kamer 1984-1985, 18 980, nrs. 1-2, blz. 22.

182 KBB, Ktg. Amsterdam 27 mei 1982, RMZ 1981-1982, nr. 60.

dragsregels spelen bij dergelijke constellaties geen rol, daar er geen zeggenschapsverkrijging plaatsvindt.

Het is opmerkelijk, dat de structuurregeling voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen slechts een verplichting tot goedkeuring van de raad van commissarissen eist in het geval dat het bestuur een besluit neemt omtrent de uitgifte van schuldbrieven. Een goedkeuringsplicht bestaat niet indien een besluit wordt genomen door het bestuur omtrent het aantrekken van eigen vermogen door de coöperatie. Aangezien echter dergelijke besluiten een wijziging zullen brengen in de statutaire vormgeving van de coöperatie, is een statutenwijziging vereist. Een bestuursvoorstel daartoe is wél goedkeuringsplichtig (art. 2:63j lid 1 sub g BW).

Naast eigen vermogen, zal de ondernemer vaak in zijn kredietbehoefte wensen te voorzien, door gebruik te maken van door derden aangeboden kredietfaciliteiten. Dergelijke kredietfaciliteiten zullen veelal als vreemd vermogen gekwalificeerd kunnen worden, hoewel in het scala aan financieringsmogelijkheden hybride tussenvormen aanwezig zijn.

Besluiten van de ondernemer tot het aantrekken van vreemd vermogen zullen afhankelijk van de omvang en voorwaarden te kwalificeren zijn als besluiten tot het aantrekken van een belangrijk krediet (art. 25 lid 1 sub i WOR).

In de structuurregeling is een goedkeuringsbevoegdheid van de raad van commissarissen vastgelegd bij de uitgifte van schuldbrieven (art. 2:63j/164 lid 1 sub a BW). De structuurregeling kent niet, zoals de WOR, een goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen bij het aantrekken van kredieten van een bepaalde omvang. Het begrip schuldbrieven is niet nader in de wetsgeschiedenis of literatuur over de structuurregeling geconcretiseerd. Obligaties en andere met obligaties vergelijkbare kredietfaciliteiten die een 'schuldelement' in zich dragen, zijn onder dit begrip te brengen, zodat de raad van commissarissen ook zijn goedkeuring dient te verlenen aan bestuursbesluiten omtrent het aantrekken van vreemd vermogen door middel van *commercial paper* en *Medium Term Notes*.

Onder het adviesrecht van de ondernemingsraad valt momenteel niet het verstrekken van een krediet (aan een andere ondernemer) en het stellen van zekerheden. Met name in concernverhoudingen worden in het kader van concernfinanciering door de concernvennootschappen regelmatig onderling kredieten verstrekt en zekerheden gesteld. In de op komt zijnde wijziging van de WOR zullen deze beide lacunes worden opgevuld.

Ook de raad van commissarissen bij een structuurrechtspersoon mist een goedkeuringsrecht bij het verstrekken van kredieten ten laste van de rechtspersoon; mijns inziens schiedt het goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen op dit punt tekort. Overigens kwamen leningen en daarmee verbonden zekerheden een aantal maal aan de orde in de rechtspraak inzake het recht van enquête.

Ten slotte heb ik in dit hoofdstuk het doen van investeringen door de ondernemer behandeld. Indien een 'belangrijke' investering door de ondernemer wordt voorgenomen is het besluit hiertoe onderworpen aan zowel een adviesrecht van de ondernemingsraad (art. 25 lid 1 sub h WOR) als, wanneer het bestuur van een structuurrechtspersoon hierbij betrokken is, een goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen (art. 2:63j/164 lid 1 sub f BW). Desinvesteringen als zodanig zijn noch aan een adviesrecht van de ondernemingsraad, noch aan een goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen onderworpen; beide regelingen schieten op dit punt naar mijn mening tekort.

MEDEZEGGENSCHAPSCONVENANTEN*

9.1 Inleiding

Al enige jaren geleden stelde Van der Heijden vast, dat convenanten 'à la mode zijn'.¹ Dat is nog steeds het geval.² Convenanten worden veelvuldig op allerlei terrein, ook buiten het ondernemingsrecht, gesloten.³ Ook in het Europese medezeggenschapsrecht blijkt een steeds grotere rol voor medezeggenschapsovereenkomsten weggelegd te zijn, getuige de in 1994 tot stand gekomen Richtlijn Europese Ondernemingsraad, en het nieuwe model voor inrichting van medezeggenschap bij de Societas Europaea (SE) zoals vastgelegd in de circulatie-Richtlijn (vergelijk hoofdstuk 5 hiervoor).

In hoofdstuk 1 (par. 1.9) besteedde ik aandacht aan toezeggingen, afspraken en medezeggenschapsovereenkomsten, terwijl in hoofdstuk 2, paragraaf 2.9, convenanten in het kader van de structuurregeling de revue passeerden. Daarbij behandelde ik voornamelijk het karakter en de naleving van dergelijke overeenkomsten. In dit hoofdstuk ga ik na over welke onderwerpen in de praktijk overeenkomsten gesloten worden. Ik richt mij daarbij met name op

* Dank ben ik verschuldigd aan Prof.mr. P.F. van der Heijden en Mw.mr. drs. J. van der Hulst (Hugo Sinzheimer Instituut, Universiteit van Amsterdam), die bereid waren mij inzage te verschaffen in hun collectie convenanten. Deze convenanten werden verzameld in het voorjaar van 1995 ten behoeve van de uitgave 'De ondernemingsovereenkomst'.

- 1 P.F. van der Heijden, Het medezeggenschapsconvenant, in: Ondernemingsrechtelijke contracten (Kluwer-Deventer 1991), blz. 95. De voordrachten gehouden op het congres 'Ondernemingsrechtelijke contracten' werden door A.I.M. van Mierlo besproken in NV 69 (1991), blz. 113-118. Zie ook: M.G. Rood, Over afspraken ondernemer-ondernemingsraad, TVVS 1991, blz. 221-225.
- 2 P.F. van der Heijden/J. van der Hulst, De ondernemingsovereenkomst (Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij-'s-Gravenhage 1995), en P.F. van der Heijden, De ondernemingsovereenkomst, NJB 1994, blz. 765-770.
- 3 Bijvoorbeeld milieuconvenanten, vergelijk R.J.J. van Acht, Het milieuconvenant, Status en rechtsgevolgen van een omstreden instrument, RM Themis 1991, blz. 315-334. Het Nederlands Juristenblad wijdde in 1993 een themanummer aan convenanten, onder de titel 'De staat van het convenant'; in dit nummer treft men een 'kleine conventologie' die een goed inzicht biedt in de populariteit van het convenant. W. Zeijlstra en L. Sprengers besteden op blz. 551-552 aandacht aan het medezeggenschapsconvenant.

convenanten die van belang zijn voor medezeggenschapsuitoefening bij financieel-economische besluiten. Geen aandacht is er derhalve voor convenanten op het gebied van arbeidsvoorwaarden.⁴ In paragraaf 9.2 komen convenanten gesloten met betrekking tot de in de Wet op de ondernemingsraden geregelde aangelegenheden aan de orde. In paragraaf 9.3 behandel ik convenanten die in het kader van de structuurregeling gesloten worden. Het hoofdstuk wordt besloten met enige conclusies (par. 9.4).

9.2 WOR-convenanten

9.2.1 Algemeen

In deze paragraaf behandel ik de convenanten die gesloten kunnen worden op grond van de Wet op de ondernemingsraden (WOR).⁵ Ik breng de door Van der Heijden gegeven omschrijving van het medezeggenschapsconvenant in de herinnering:

"een schriftelijke en ondertekende afspraak in de vorm van een contract/overeenkomst tussen enerzijds de ondernemer en anderzijds de ondernemingsraad, waarin partijen hun rechtsbetrekking nader inhoud geven door vastlegging van rechten en verplichtingen ten aanzien van één of meer bepaalde onderwerpen."⁶

Medezeggenschapsconvenanten kunnen in verschillende categorieën gerubriceerd worden.⁷ Convenanten die een regeling inhouden over de toepassing en uitleg van de WOR, zijn als *interpretatieconvenanten* te betitelen.⁸

4 Verwacht mag worden, dat na wijziging van de WOR met grote regelmaat overeenkomsten over arbeidsvoorwaarden gesloten zullen worden, daar het Kabinet positief tegenover dergelijke overeenkomsten staat, zie het Kabinetsstandpunt. P.F. van der Heijden/A.C.B.W. Doup, Medezeggenschap per convenant (Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij-'s-Gravenhage 1991), paragraaf 3.8; P.F. van der Heijden, De ondernemingsovereenkomst, NJB 1994, blz. 765-770 en uitgebreid: Van der Heijden/Van der Hulst, op.cit. (noot 2), blz. 69-87.

5 Zie over toezeggingen en afspraken paragraaf 1.9.

6 Vergelijk: Van der Heijden/Doup, op.cit. (noot 4), blz. 20, en de omschrijving die Van der Heijden gaf in zijn lezing 'Het medezeggenschapsconvenant', loc.cit. (noot 1), blz. 96. Inmiddels spreekt Van der Heijden van een 'ondernemingsovereenkomst', op.cit. (noot 3), blz. 10-13.

7 Deze indeling is met name ontleend aan Van der Heijden/Doup, op.cit. (noot 4).

8 Van der Heijden, loc.cit. (noot 1), blz. 99; Van der Heijden/Doup, op.cit. (noot 4), blz. 43.

Convenanten komen regelmatig tot stand in het kader van een herstructurering of een fusie; Van der Heijden en Doup spreken dan van een *ontvlechtingconvenant*⁹ of *fusieconvenant*¹⁰. Veel convenanten bevatten bepalingen ter interpretatie van de WOR, en daarnaast uitbreiding van bevoegdheden. In verband daarmee zal ik hieronder de bepalingen uit convenanten rubriceren naar bepalingen die artikelen uit de WOR interpreteren (par. 9.2.2), bepalingen die de ondernemingsraad een uitbreiding van bevoegdheden geven (9.2.3) en convenantsbepalingen die betrekking hebben op fusie (9.2.4) of herstructurering (9.2.5).

De hieronder verstrekte gegevens zijn, tenzij anders vermeld, afkomstig uit de verzameling convenanten van het Sinzheimer Instituut. Enige jaren geleden werd een aantal convenanten gepubliceerd; deze convenanten zijn met name genoemd¹¹, de gegevens uit de overige convenanten zijn geanonimiseerd.

9.2.2 Interpretatie van de WOR

Recht op informatie

Afspraken worden gemaakt over het moment van informatieverstrekking en de kwantiteit van de te verstrekken informatie.¹²

Recht op overleg

In één van de bestudeerde convenanten was geregeld wie binnen de verschillende ondernemingen het overleg voerde met de ondernemingsraden.

Ook kwam ik de bepaling tegen, dat bij een overlegvergadering met de centrale ondernemingsraad altijd een lid van de raad van commissarissen aanwezig is.

9 Van der Heijden/Doup, op.cit. (noot 4), blz. 32.

10 Van der Heijden/Doup, op.cit. (noot 4), blz. 38. Ook: Van der Heijden, loc.cit. (noot 1), blz. 98.

11 Bijlage bij het praktijkblad voor Medezeggenschap februari 1991.

12 Bij het Praktijkblad voor Medezeggenschap van februari 1991 is een bijlage opgenomen met daarin een aantal convenanten. De hieronder genoemde convenanten zijn aan deze bijlage ontleend. In het Convenant Albert Heijn (september 1990) is een definitie van een uitvoeringsbesluit (art. 25 lid 4 WOR) opgenomen (punt 6). In het Convenant ETC (mei 1989) is een bepaling over de wijze van informatieverstrekking opgenomen (punt 5).

Adviesrecht

Er zijn regelingen over de verschillende fasen in de besluitvorming. Wanneer is er een 'besluit' en wanneer een 'uitvoeringsbesluit'?¹³

Daarnaast zijn er bepalingen over het tijdstip van adviesaanvraag, de termijn die de ondernemingsraad heeft om advies uit te brengen en in een groot aantal gevallen concretisering van het begrip 'belangrijk'. Dergelijke concretisering houden veelal een kwantificering in: bij het doen van een investering of het aantrekken van een krediet van een bepaalde omvang moet advies gevraagd worden, of er wordt vastgelegd dat advies gevraagd wordt als een voorgenomen besluit een kwart van de werknemers betreft, of een bepaald aantal werknemers op een bepaalde locatie, zodat belangrijkheid op die grond bestaat.

Opvallend is een convenant waarin niet alleen wordt aangegeven boven welk bedrag investeringen belangrijk, en dus adviesplichtig, zijn maar waarbij tevens een aantal toetsingscriteria is gegeven waaraan de adviesaanvraag van de ondernemer moet voldoen. Zo moet het belang van de investering worden aangegeven voor de desbetreffende locatie, dan wel gehele onderneming, de personele consequenties en gevolgen voor milieu en veiligheid. Daarnaast is de ondernemer verplicht over de voortgang van de investering te rapporteren.

Bevoegdheidsafbakening locale en centrale ondernemingsraad

Regelmatig worden afspraken gemaakt om de bevoegdheidsafbakening tussen locale en centrale ondernemingsraden vast te leggen. Zo is bijvoorbeeld bepaald in het Convenant Albert Heijn (1990) dat algemene besluiten die de gehele Albert Heijn BV betreffen, worden voorgelegd aan de groepsondernemingsraad ter advisering c.q. instemming; in een dergelijk geval zullen de overige ondernemingsraden de advies-/instemmingsaanvraag ter informatie ontvangen. Indien een bepaalde aangelegenheid ingrijpende gevolgen heeft voor een of meer onderdelen van de vennootschap, dan zal de groepsondernemingsraad intern advies vragen aan de betrokken (locale) ondernemingsraad.

In een ander convenant is opgenomen, dat wanneer een besluit alleen betrekking heeft op een groepsmaatschappij de aan deze maatschappij verbonden ondernemingsraad bevoegd is. Wanneer er, ondanks het feit dat er geen sprake is van een 'gemeenschappelijk belang' toch een zodanig belang

13 Bijvoorbeeld bij Albert Heijn, waar tevens in een geschillencommissie is voorzien voor interpretatiegeschillen.

is dat het boven het belang van de groepsmaatschappij uitstijgt, dan kan de centrale ondernemingsraad een preadvies uitbrengen.

Ook bevat een convenant een gedetailleerde taakomschrijving van de Groepsondernemingsraad ter invulling van het "gemeenschappelijk belang".

In één convenant werd expliciet vastgelegd, dat een krediet- of investeringsplan aan de ondernemingsraad wordt voorgelegd, voordat de statutair voorgeschreven goedkeuring van het toezichthoudend orgaan wordt gevraagd.

9.2.3 *Uitbreiding van bevoegdheden*

Recht op informatie

Het algemeen informatierecht en het recht op financiële informatie worden in een aantal gevallen uitgebreid. Hier volgt een overzicht van de in convenanten aangetroffen aangelegenheden waarover informatie verstrekt moet worden:

- Begroting, budget/begrotingsbewaking (eventueel onder embargo).
- Kwartaalcijfers en halfjaarcijfers met toelichting.
- Eén convenant bevat een zeer gedetailleerde opsomming van de financiële informatie die per kwartaal verstrekt moet worden; het betreft de planning van de groep, jaarcijfers van het concern en de halfjaarcijfers (met toelichting van het bestuur in een overlegvergadering).
- Eén convenant vormt een notitie over de financiële informatievoorziening aan locale, groeps-, en centrale ondernemingsraad. In deze notitie wordt exact aangegeven welke informatie verstrekt moet worden; daarbij is het recht op overleg over en toelichting van de financiële informatie uitgebreid.
- Investeringsplannen, zowel in binnen- als buitenland.
- Informatie met betrekking tot activiteiten in het buitenland.
- Niet alleen wordt informatie verstrekt over de onderneming, maar tevens over het beleid van de "business-unit" waarvan de onderneming deel uitmaakt.
- Wijze waarop het concern gefinancierd wordt.
- Informatie over activiteiten op de geld- en kapitaalmarkt.
- Binnen een centrale ondernemingsraad is een commissie ingesteld die zich speciaal met financiële en economische aangelegenheden bezig houdt. Deze commissie ontvangt informatie over de overname en het afstoten van buitenlandse vennootschappen waarmee een bepaald bedrag (minimaal f 500.000,-) gemoeid is. In een aparte bijlage is aangegeven welke financiële gegevens verstrekt moeten worden, het betreft onder andere

gegevens over de maatschappij, gegevens over de transactie, sociale aspecten en de gevolgen van de transactie voor de Nederlandse divisie van het concern.

Recht op overleg

In het Convenant Sara Lee/DE (1989) is een uitgebreide opsomming opgenomen van aangelegenheden die in de overlegvergadering besproken dienen te worden; daartoe horen onder andere overnames, vestigingen of afstotingen van in het buitenland gevestigde ondernemingen geëffectueerd door een buitenlandse concernvennootschap; belangrijke investeringen door de concernholding in een niet tot het concern behorende buitenlandse vennootschap.

Ook wordt het overleg wel uitgebreid tot:

- (concept-)begrotingen, jaarplannen en meerjarenplannen.
- Investeringsniveau, indien dit blijft onder het niveau van afschrijvingen in de desbetreffende onderneming.

Vastgelegd kan worden dat vaker dan de WOR voorschrijft, overleg gepleegd kan worden.

Adviesrecht

Niet alleen wordt de limitatieve opsomming van artikel 25 lid 1 WOR bij convenant uitgebreid, ook komt men de bepaling tegen dat ook uitvoeringsbesluiten (art. 25 lid 5 WOR) aan advies worden onderworpen.

Uitbreiding van het adviesrecht komt regelmatig voor; ik geef hieronder een overzicht.¹⁴

- Het oprichten van een nieuwe rechtspersoon.
- Desinvesteringen.
- In het Convenant Elsevier-NDU (1983) werd vastgelegd, dat de centrale ondernemingsraad adviesrecht heeft bij het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van buitenlandse activiteiten, wanneer de activa van de Nederlandse dochtermaatschappijen als zekerheidsstelling worden betrokken. Een soortgelijke bepaling treft men ook aan in het Convenant Sara Lee/DE (1989) en in een aantal andere bestudeerde convenanten.
- Gehele of gedeeltelijke omzetting van het structuurregime.
- Besluit tot beëindiging van het vrijwillig op een moedermaatschappij van toepassing zijnde structuurregime.

14 Van der Heijden/Van der Hulst, op.cit. (noot 2), blz. 60-61.

- Een besluit tot statutenwijziging.
- In het Convenant Sara Lee/DE (1991) werd bij de invoering van de Nederland-constructie aan de centrale ondernemingsraad een adviesrecht toegekend over onder andere: overdracht van zeggenschap over de concernholding, het aanbrengen van een belangrijke wijziging in of het verbreken van de belangrijke financiële deelneming van Sara Lee in de concernholding, het wijzigen van de vestigingsplaats van de concernholding.
- Toekenning aan de centrale ondernemingsraad van bevoegdheden in concernaangelegenheden; zulks geschiedde bijvoorbeeld in het Convenant Elsevier-NDU (1983).
- Adviesrecht met betrekking tot artikel 25 lid 1 sub a, b, c, of sub d, indien het voorgenomen besluit betrekking heeft op een in het buitenland gevestigde onderneming.
- Het in zekerheid geven van activa van een Nederlandse groepsvennootschap of een toezegging daartoe.
- Het voornemen van de raad van bestuur om een fusie aan te gaan of mee te werken aan een overname van de vennootschap door een andere onderneming.
- Het aanbrengen van een belangrijke wijziging in of het beëindigen van de taak en verantwoordelijkheid van het Administratiekantoor met betrekking tot de concern-holding.

9.2.4 Fusie

Het Convenant Amsterdam-Rotterdam Bank (1990) regelde de medezeggenschapsstructuur na de op het moment van het sluiten van het convenant op handen zijnde fusie met de ABN.

Uit de uitspraak van de President van de Rechtbank Rotterdam inzake *EBS*¹⁵ blijkt dat in een convenant is vastgelegd hoe de medezeggenschap na (bedrijfs-)fusie zal worden ingericht; een zogenaamde VOR (voorlopige ondernemingsraad) is rechtsopvolger van de bestaande ondernemingsraden.¹⁶

In één convenant is expliciet de verhouding tussen de SER-Fusiecode en artikel 25 WOR vastgelegd: een fusie wordt gelijktijdig aan de vakorganisa-

15 EBS, Rechtbank Rotterdam 4 november 1994, JAR 1994, 248; SR 1995, blz. 20-22 (commentaar Van het Kaar).

16 Ook een aantal convenanten van Sinzheimer Instituut bevatte regelingen over de inrichting van de medezeggenschapsstructuur na een aandelenfusie, vergelijk 'De ondernemingsovereenkomst' (op.cit. noot 2). blz. 46-49.

ties en de ondernemingsraad medegedeeld. Dit gebeurt onder geheimhouding.

Interessant is een zogenaamde afsprakenbrief die was opgesteld naar aanleiding van een overname door middel van een openbaar bod. In deze brief zijn afspraken vastgelegd tussen het bestuur van de vennootschap en de ondernemingsraad van de overnemende vennootschap. De inhoud van de afspraken heeft betrekking op de structuur van de ondernemer na de overname, de medezeggenschapsstructuur en het sociaal-organisatorisch beleid. Bij de afsprakenbrief is een bijlage gevoegd met de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad na de overname.

9.2.5 Herstructurering

Sterk vergelijkbaar met het fusieconvenant is het herstructureringsconvenant. In een dergelijke overeenkomst worden regelingen vastgelegd over de inrichting van de medezeggenschap na een reorganisatie. Eén convenant bevatte de afspraak dat de ondernemingsraad positief over sluiting van de onderneming zal adviseren, waarbij de voorwaarde is opgenomen dat het besluit tot sluiting van de ondernemer zal vervallen indien door een inmiddels ingeschakelde deskundige reële alternatieven voor sluiting zijn aangedragen.

Een ander convenant heeft betrekking op de wijze waarop de procedure van ontvlechting zal plaatsvinden. In dit convenant wordt expliciet aangegeven welke informatie er in de adviesaanvraag over de ontvlechting moet worden opgenomen. Daarnaast is vastgelegd, dat wanneer de ondernemingsraad dat wenst hij een gesprek kan voeren met de potentiële koper.

Hiernaast zijn er convenanten gesloten naar aanleiding van een wijziging van de concernstructuur.¹⁷

9.3 Commissarisconvenanten

Bij commissarisconvenanten kan gedacht worden aan overeenkomsten die voorschriften bevatten omtrent de samenstelling van de raad van commissarissen. Commissarisconvenanten worden ondertekend door de voorzitter van de (centrale) ondernemingsraad en de secretaris van de raad van commissarissen.

17 Van der Heijden/Doup, op.cit. (noot 4), blz. 32-33; Van der Heijden/Van der Hulst, op.cit. (noot 2), blz. 49-52.

rissen.¹⁸ In het onderzoek van Van der Heijden en Doup wordt melding gemaakt van twee commissarisconvenanten.¹⁹ Het eerste convenant geeft regels voor het functioneren van leden van de raad van commissarissen als vertrouwenscommissaris. Het tweede convenant geeft voorschriften voor de benoeming en herbenoeming van de leden van de raad van commissarissen. Van der Heijden en Van der Hulst troffen één convenant aan dat alleen de benoeming van commissarissen tot onderwerp had.²⁰

Overigens komen in verschillende convenanten waarbij de raad van commissarissen geen partij is, en die dus niet als 'commissarisconvenant' aangemerkt kunnen worden, bepalingen voor over de wijze van benoeming van commissarissen.²¹ Zie bijvoorbeeld het Convenant Sara Lee/DE (1991) waarin de benoeming van commissarissen van de concernholding werd geregeld en waarin is vastgelegd dat de centrale ondernemingsraad de bevoegdheden uitoefent op grond van artikel 2:158 lid 13 BW.²²

9.4 Conclusie

Uit bestudering van ruim veertig convenanten bleek dat over velerlei onderwerpen afspraken worden gemaakt tussen (centrale) ondernemingsraad en ondernemer. In het voorafgaande heb ik weergegeven wat voor soort bepalingen waren opgenomen over interpretatie van de WOR, met betrekking tot het uitbreiden van bevoegdheden van de ondernemingsraad bij met name financieel-economische besluiten, fusie en ontvlechting.

Gebleken is dat een groot deel van de convenanten betrekking heeft op de concretisering van de medezeggenschapsrechten die de ondernemingsraad aan de WOR ontleent. Zo wordt het begrip *belangrijk* (art. 25 WOR) nader gekwantificeerd, en worden de bevoegdheden tussen centrale en lokale ondernemingsraad afgebakend. Daarnaast vindt uitbreiding van bevoegdheden plaats op velerlei gebied. Uitbreiding van het financieel informatierecht vindt geregeld plaats; tevens wordt geregeld vastgelegd welke informatie op welk moment aan de ondernemingsraad wordt verstrekt en met hem besproken.

18 Van der Heijden/Doup, op.cit. (noot 4), blz. 46-47.

19 Van der Heijden/Doup, op.cit. (noot 4), blz. 46.

20 Van der Heijden/Van der Hulst, op.cit. (noot 2), blz. 55-56.

21 Zie Van der Heijden/Van der Hulst, op.cit. (noot 2), blz. 56.

22 Ik breng in verband met convenanten inzake de benoeming van commissarissen nog in herinnering de uitspraak van de Hoge Raad inzake HVA-Socfin, vergelijk hoofdstuk 2, par. 2.3.2.

Het adviesrecht wordt wel eens uitgebreid tot desinvesteringen, tot het stellen van zekerheid binnen een concern en het aantrekken van een belangrijk krediet wanneer de activa van dochtermaatschappijen als zekerheid worden betrokken (vergelijk hoofdstuk 8). In één convenant werd expliciet een eigen concernbevoegdheid vastgelegd.

Opmerkelijk vond ik dat in geen enkel door mij bestudeerd convenant een bepaling was opgenomen over een adviesrecht over het aanvragen van *sur-séance* van betaling of *faillissement*. Ook ben ik geen afspraken tegen gekomen over de verstrekking van kredieten of over bestemming van winsten in concernverhoudingen. Het besluit tot het doen van een overname werd onder het adviesrecht gebracht; geen afspraken trof ik aan over inrichting van de medezeggenschap indien op de ondernemer een (openbaar) bod uitgebracht zou worden.

Resumerend kan gesteld worden dat het belang van convenanten in de toekomst zal toenemen, nu een contracteerbevoegdheid in de WOR vastgelegd zal worden. Ook in de Richtlijn Europese ondernemingsraad en in de aan Ontwerp-Verordening voor de SE gekoppelde richtlijn inzake de medezeggenschap, neemt de overeenkomst een belangrijke rol in.

MEDEZEGGENSCHAP BIJ FINANCIIEEL-ECONOMISCHE BESLUITEN NAAR DUIITS RECHT

10.1 Inleiding

In hoofdstuk 4 gaf ik een overzicht van de verschillende Duitse medezeggenschapsregelingen. In dit hoofdstuk zal ik mij richten op de vraag welke medezeggenschapsrechten werknemers(vertegenwoordigers) bij financieel-economische besluiten op bedrijfs- of ondernemingsniveau aan deze wetten ontleen. Duidelijk is, dat ik mij met name richt op de vraag of er medezeggenschap bij de financieel-economische besluiten van de ondernemer bestaat; de bespreking van het Duitse rechtspersonenrecht zal summier zijn.

Voordat tot bespreking van de financieel-economische besluiten wordt overgegaan, geef ik in deze inleiding een schets van de verschillende aan de *Mitbestimmung* onderworpen rechtspersonen en hun organen. Nadruk leg ik daarbij op de *Aktiengesellschaft*, aangezien de verschillende wetten voor de rechten van de *mitbestimmte* raad van commissarissen, bij deze wet aanknopen (§ 35 *Mitbestimmungsgesetz* [MitbestG], § 77 *Betriebsverfassungsgesetz* 1952 [BetrVG 1952]).

Hieronder behandel ik eerst fusie en samenwerking van de ondernemer. Vervolgens komen ontbinding en herstructurering van de ondernemer en financiering van de ondernemer ter sprake; daarbij zal ik eerst de medezeggenschap op ondernemings- en vervolgens op bedrijfsniveau behandelen.

Bij de *Aktiengesellschaft* (AG) zijn zowel een bestuur, als een algemene vergadering van aandeelhouders en een raad van commissarissen verplicht.

Het bestuur heeft tot taak de vennootschap te leiden en handelt daarbij onder eigen verantwoordelijkheid (§ 76 Abs. 1 *Aktiengesetz* [AktG]).¹ Zoals hierboven (par. 4.4.4) bleek, maakt bij rechtspersonen die aan het *Montan-Mitbestimmungsgesetz* of het *Mitbestimmungsgesetz* 1976 zijn onderworpen een arbeidsdirecteur (*Arbeitsdirektor*) deel van het bestuur uit. Het bestuur wordt door de *Aufsichtsrat* (raad van commissarissen) benoemd voor een periode van vijf jaar (§ 84 Abs. 1 AktG). De raad van commissarissen is ook

1 Zie over de leidinggevende macht van het bestuur: M.J. Kessler, *Die Leitungsmacht des Vortandes einer Aktiengesellschaft*, AG 1995, blz. 61-76 (deel I); 120-132 (deel II).

bevoegd tot ontslag van het bestuur. Het bestuur heeft de plicht om de *Aufsichtsrat* de in § 90 AktG genoemde informatie te verstrekken.

De raad van commissarissen bestaat minimaal uit 3 leden (§ 95 AktG) en wordt bij rechtspersonen waar de *Mitbestimmung* geldt, uit vertegenwoordigers van de aandeelhouders en werknemers samengesteld. Expliciet is in § 105 AktG vastgelegd, dat een lid van de raad van commissarissen niet tevens deel mag uitmaken van het bestuur. Op grond van § 107 AktG kan de raad van commissarissen uit zijn midden een commissie (*Ausschuß*) samenstellen. Aan deze commissie kan dan een gedeelte van de taak worden overgedragen; als voorbeelden worden gegeven: een financiële commissie, een investeringscommissie, een technische commissie.² De samenstelling van deze commissie mag niet tegen het systeem van de *Mitbestimmung* ingaan.³

De belangrijkste taak van de *Aufsichtsrat* is controle (*Überwachung*) van het bestuur (*Geschäftsführung*), § 111 Abs. 1 AktG. Over de wijze waarop de raad van commissarissen haar controlerende taak uitvoert, is de laatste tijd in Duitsland na een aantal deconfitures beroering ontstaan.⁴ Men vraagt zich af, of de *Aufsichtsrat* voor zijn taak is toegerust, en overweegt de wetgeving aan te passen.⁵

- 2 Th Raiser, *Recht der Kapitalgesellschaften* (2 Aufl., Vahlen Verlag-München 1992), blz 138. Hoewel § 107 Abs. 3 S. 2 AktG dwingend voorschrijft dat aangelegenheden die aan goedkeuring van de raad van commissarissen onderworpen zijn door de volledige raad van commissarissen behandeld dienen te worden, kan in een individueel geval de bevoegdheid tot goedkeuring worden overgedragen aan een *Aufsichtsratsausschuß*, vergelijk OLG Hamburg 29.9.1995, AG 1996, blz 84-86.
- 3 Vergelijk bijvoorbeeld W. Paefgen, *Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG* (Heymanns Verlag-Köln/Berlin/Bonn/München 1982), blz 357-359. Zo oordeelde de rechter dat medezeggenschap werd ontdoken in het geval dat door de raad van commissarissen een *Exekutivausschuß* werd gevormd, zonder dat daarin werknemersvertegenwoordigers werden opgenomen, terwijl aan deze commissie het goedkeuringsrecht bij bestuursbesluiten was gedelegeerd, OLG München 27.1.1995, ZIP 1995, 1753-1755. Vergelijk over deze uitspraak en de in noot 2 genoemde C. Jaeger, *Aufsichtsratsausschüsse ohne Arbeitnehmervertreter?* ZIP 1995, blz 1735-1739.
- 4 E. Scheffler, *Der Aufsichtsrat - nützlich oder überflüssig?* ZGR 1993, blz 63-76; F. X. Bea, *Die Kontrollfunktion des Aufsichtsrats*, DB 1994, blz 2145-2152; W. Röller, *Quo vadis Aufsichtsrat?* AG 1994, blz 333-336; H. Götz, *Die Überwachung der Aktiengesellschaft im Lichte jüngerer Unternehmenskrisen*, AG 1995, blz 337-353.
- 5 Arbeitskreis "Externe und interne Überwachung der Unternehmung", *Grundsätze ordnungsmäßiger Aufsichtsratsstätigkeit - ein Diskussionspapier*, DB 1995, blz 1-4; Th. Baums, *Der Aufsichtsrat - Aufgaben und Reformfragen*, ZIP 1995, blz 11-18, voordrachten gehouden op het ZHR-symposium over de raad van commissarissen M.

Aandeelhouders oefenen hun rechten uit in de aandeelhoudersvergadering (*Hauptversammlung*), § 118 AktG. In § 119 AktG is een aantal aangelegenheden expliciet aan besluitvorming van de algemene vergadering van aandeelhouders onderworpen, waaronder: bestemming van de winst (§ 119 Abs. 1, Nr. 2 AktG), decharge van bestuurders en commissarissen (§ 119 Abs. 1, Nr. 3 AktG), benoeming van accountants (§ 119 Abs. 1, Nr. 4 AktG), statutenwijziging (§ 119 Abs. 1, Nr. 5 AktG), maatregelen met betrekking tot kapitaalsvermeerdering en -vermindering (§ 119 Abs. 1 Nr. 6 AktG), de ontbinding van de vennootschap (§ 119 Abs. 1 Nr. 8 AktG). Expliciet is vastgelegd, dat in bestuursaangelegenheden de algemene vergadering alleen kan beslissen op verzoek van het bestuur (§ 119 Abs. 2 AktG).

De verhouding tussen de verschillende organen is feitelijk afhankelijk van de concrete omstandigheden. Indien het aandelenbezit nogal verspreid is, is de macht met name geconcentreerd bij het bestuur en de raad van commissarissen.⁶ Bij aan de beurs genoteerde vennootschappen (*reine Publikumsgesellschaft*) wordt het stemrecht van deze 'verspreide' aandeelhouders veelal uitgeoefend door de *Depotbanken* (*Depotstimmrecht*)⁷.⁸ De

Lutter, Difizite für eine effiziente Aufsichtsratsstätigkeit und gesetzliche Möglichkeiten der Verbesserung, ZHR 1995, blz. 287-309, die suggereert om zoals dat in Nederland (art. 2:164 BW) is gebeurd, een opsomming van goedkeuringsplichtige besluiten vast te leggen in § 111 Abs. 4 AktG (zie blz. 300 aldaar); W. Bernhardt, Aufsichtsrat - die schönste Nebensache der Welt? ZHR 1995, blz. 310-321 (verslag van de discussie over de beide hier genoemde bijdragen: ZHR 1995, blz. 322-324); Th.M.J.Möllers, Professionalisierung des Aufsichtsrates, ZIP 1995, blz. 1725-1735.

- 6 Onderscheid kan worden gemaakt tussen twee categorieën AG's. Allereerst is er een groep waarbij de aandeelhouders feitelijk de macht in handen hebben. Ongeveer 90% van alle AG's kan tot deze categorie worden gerekend. In de tweede plaats kan de 'openbare AG' worden onderscheiden. In deze categorie heeft een duidelijke scheiding plaatsgevonden tussen eigendom en zeggenschap. Deze groep is veel kleiner, maar bevat wel de grote Duitse ondernemingen. Vergelijk F. Kübler, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., C.F. Müller-Heidelberg 1990), blz. 178-181.
- 7 De regeling houdt in, dat het kredietverlenend instituut gevolmachtigd wordt (voor in principe 15 maanden) het stemrecht voor de in depot gegeven aandelen namens de aandeelhouders uit te oefenen, vergelijk § 135 AktG.
- 8 M. Lutter, Macht der Banken, NJW 1995, blz. 2766-2767, stelt een aantal wijzigingen op dit punt voor om de macht van de banken enigszins in te dammen, en het gebruik daarvan riskanter te maken, opdat zij in de toekomst zorgvuldiger met hun stemrecht omgaan. Ik wijs overigens ook op de bijdrage van Th. Baums/Ch. Fraune, Institutionelle Anleger und Publikumsgesellschaft: Eine empirische Untersuchung, AG 1995, blz. 97-112, waarin het aandelenbezit van institutionele beleggers in de 24 grootste Duitse vennootschappen is onderzocht. Uit dit onderzoek blijkt dat de banken deze vennootschappen in hoge mate domineren. In 20 van de 24 vennootschappen hebben zij de

banken, zo wordt in de literatuur geconstateerd, hebben de neiging voorstellen van het bestuur te volgen, en hun vertegenwoordigers maken vaak (aan de aandeelhouderszijde) deel uit van de raad van commissarissen.⁹ Aangezien de macht van deze *Depotbanken* erg groot is geworden, klinken er geluiden op om hun macht in te perken. Voorstellen hiertoe zijn inmiddels gedaan.¹⁰

De wettelijke regeling *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH), is niet geënt op die voor de *Aktiengesellschaft*. De regeling is vastgelegd in het *GmbH-Gesetz* (GmbHG). Indien de GmbH niet onder de *Mitbestimmung* valt (minder dan 500 werknemers heeft) is een raad van toezicht, anders dan bij de AG, niet verplicht, § 52 GmbHG. Verplicht zijn wel het bestuur (*Geschäftsführer*, § 6 GmbHG) en de vergadering van vennoten (*Gesamtheit der Gesellschafter* of *Gesellschafterversammlung* geheten, § 48 GmbHG).

Het bestuur wordt, bij de aan de *Mitbestimmung* onderworpen GmbH, benoemd en ontslagen door de *Aufsichtsrat*. De raad van commissarissen wordt indien de GmbH aan medezeggenschap op ondernemingsniveau is onderworpen, ingesteld en samengesteld op grond van de voor de AG geldende regels. De rechten van de algemene vergadering zijn bij de GmbH veel minder duidelijk omschreven, en zullen met name in de statuten vastgelegd worden. Bij de aan *Mitbestimmung* onderworpen GmbH is de vrijheid van inrichting minder groot, omdat de bevoegdheden van de raad van commissarissen zoals vastgelegd in het AktG zullen gelden.¹¹

meerderheid van de stemmen, terwijl in 18 gevallen daarvan deze meerderheid minstens 75% van de stemmen bedraagt. Th. Baums/Ph. v. Randow, *Der Markt für Stimmrechtsvertreter*, AG 1995, blz. 145-163 (met daarin een eigen voorstel voor wijziging van het *Vollmachtstimmrecht*).

9 G. Hueck, *Gesellschaftsrecht* (19. Aufl. Beck-München 1991), blz. 204. Zie ook: L.H.M.M. van Goor/M.W.E. van der Weijden, *Duitse industriebanken: macht of mythe*, NV 72 (1994), blz. 40-45.

10 H. Hammen, *Zur geplanten Neuregelung des Depotstimmrechts*, ZIP 1995, blz. 1301-1309; de tekst van het voorstel is afgedrukt in ZIP 1995, blz. 332. Vergelijk tevens: Th. Baums, *Vollmachtstimmrecht der Banken - Ja oder Nein?*, AG 1996, blz. 11-26; M. Peltzer, *Die Vertretung der Aktionäre in Hauptversammlungen von Publikums-gesellschaften*, AG 1996, blz. 26-32.

11 Zie nader over de bevoegdheden: Hueck, op.cit. (noot 9), blz. 354-355.

Bij de coöperatie zijn drie organen verplicht: bestuur, raad van commissarissen en algemene vergadering, § 9 GenG.¹² In § 9 Abs. 2 GenG is expliciet vastgelegd, dat het bestuur van de coöperatie bestaat uit leden; het wordt door de ledenvergadering benoemd.¹³ Wanneer echter een coöperatie valt onder het *Betriebsverfassungsgesetz 1952* (BtrVG 1952), dan moet de raad van commissarissen voor een derde deel uit werknemersvertegenwoordigers bestaan, en is een aantal bepalingen uit het AktG van overeenkomstige toepassing (§ 77 Abs. 3 BetrVG 1952). De coöperatie wordt door het bestuur in en buiten rechte vertegenwoordigd (§ 24 GenG). Het bestuur leidt de coöperatie onder eigen verantwoordelijkheid (§ 27 GenG).

Naast het bestuur dient een *Aufsichtsrat* samengesteld te worden uit de algemene vergadering (§ 36 GenG). Leden van de raad van commissarissen mogen niet tevens deel uitmaken van het bestuur (§ 37 Abs. 1 GenG). De raad van toezicht heeft tot taak het bestuur te controleren en te instrueren, (§ 38 Abs. 1 GenG). In het tweede lid van deze paragraaf is expliciet vastgelegd, dat de raad van commissarissen een ledenvergadering bijeen moet roepen, indien dit in het belang van de coöperatie is.

De algemene vergadering is, zo blijkt uit § 43 Abs. 1 GenG, bevoegd in alle gevallen waarin door de wet de bevoegdheid niet aan een ander orgaan is toegekend. Wanneer de coöperatie meer dan 3000 leden heeft, wordt een vergadering van vertegenwoordigers samengesteld, § 43a GenG.

10.2 Fusie, overname en samenwerking van de ondernemer

10.2.1 Rechtspersonenrecht

Algemeen

Evenals in het Nederlandse recht kunnen in het Duitse recht drie fusievormen worden onderscheiden: aandelenfusie (*Beteiligungserwerb*), bedrijfsfusie (*Einzelrechtsnachfolge*), en juridische fusie (*Verschmelzung*).

Bij fusie kan § 613a *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) van belang zijn.¹⁴

12 Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (GenG), vergelijk over de totstandkoming van deze wet: R.C.J. Galle, *De coöperatie* (Tjeenk Willink-Zwolle 1993), blz. 43.

13 Lang/Weidmüller, *Genossenschaftsgesetz* (32. Aufl. De Gruyter-Berlin/New York 1988), bewerkt door E. Metz/H.J. Schaffland, § 9 nr. 30.

14 Vergelijk: J. Pietzko, *Rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang*, ZIP 1990, blz. 1105-1116.

Deze bepaling vormt het equivalent van de artt. 7A:1639aa e.v. BW, hierboven besproken.

In geval van aandelenfusie zal het initiatief veelal bij de aandeelhouders liggen; in elk geval zijn zij bij deze vorm van fusie partij. Indien aandelenfusie plaatsvindt door een emissie van aandelen, zal het besluit hiertoe genomen worden door de algemene vergadering van aandeelhouders (§ 182 AktG; § 57h Abs. 1 GmbHG). Tot een bedrijfsfusie zal veelal het initiatief door het bestuur worden genomen; ook hier zal de uiteindelijke besluitvorming in handen liggen van de algemene vergadering.¹⁵ Het is twijfelachtig, of het bestuur de bevoegdheid heeft om over te gaan tot het verwerven van deelnemingen of ondernemingen, dan wel tot de oprichting van een dochtervennootschap. Afhankelijk van de ingrijpendheid van het besluit voor de AG zal de besluitvorming in handen zijn van de algemene vergadering van aandeelhouders.¹⁶

Juridische fusie

Net als in Nederland is de regeling van de juridische fusie in de wetgeving opgenomen ten gevolge van de derde richtlijn. De derde richtlijn was oorspronkelijk geïmplementeerd in boek 4 van het *Aktiengesetz* (AktG), geheten fusie (*Verschmelzung*¹⁷), vermogensoverdracht (*Vermögensübertragung*) en omzetting (*Umwandlung*). De regeling van de juridische fusie is per 1 januari 1995 grondig herzien door het in werking treden van het *Umwandlungsgesetz* (UmwG). Deze wet vormt onderdeel van het *Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts* (UmwBerG).¹⁸

15 Zie met betrekking tot het verwerven en afstoten van deelnemingen: W. Gross, *Zuständigkeit der Hauptversammlung bei Erwerb und Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen*, AG 1994, blz. 266-276.

16 Raiser, *Recht der Kapitalgesellschaften*, op.cit. (noot 2), blz. 88.

17 'Verschmelzung' zal ik vertalen met de term 'juridische fusie'.

18 *Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts* van 28 oktober 1994, BGBl. 1994, deel I, nr. 77 van 8 november 1994, blz. 3210. Over de hervorming van het *Umwandlungsrecht* verschenen: *Reform des Umwandlungsrechts: Vorträge und Diskussionen IDW-Umwandlungssymposium am 8./9. Oktober 1992* (IDW-Verlag-Düsseldorf 1993); *Arbeitskreis Umwandlungsrecht, Vorschläge zum Referentenentwurf eines Umwandlungsgesetzes*, ZGR 1993/3 en J. Ganske, *Umwandlungsrecht [Regierungsentwürfe]* (IDW-Verlag-Düsseldorf 1994).

In Artikel 1 van deze wet is het *Umwandlungsgesetz* (UmwG) opgenomen. In de artikelen 2-6 zijn bepalingen opgenomen voor wijziging van de verschillende wetten ten gevolge van het in werking treden van de UmWG. Zo zijn in artikel 6 de wijzigingen in het AktG vastgelegd. *Umwandlung* (omzetting) is mogelijk door middel van

Juridische fusie is mogelijk voor de in § 3 UmWG genoemde rechtsvormen.¹⁹ Juridische fusie kan zich in twee hoofdvormen voordoen: *Verschmelzung durch Aufnahme* en *Verschmelzung durch Neugründung* (§ 2 UmWG). In het eerste geval wordt het vermogen van een rechtsvorm (*Rechtsträger*) of rechtsvormen²⁰ in zijn geheel verkregen door een andere (reeds bestaande) rechtspersoon tegen uitgifte van aandelen of verlening van lidmaatschapsrechten in de overnemende rechtspersoon. In het tweede geval wordt een nieuwe rechtspersoon opgericht, die het vermogen van twee (of meer) rechtspersonen onder algemene titel verkrijgt, en in ruil daarvoor aandelen of lidmaatschapsrechten uitdeelt.

Het voorstel tot fusie wordt door het bestuur²¹ van de rechtspersoon opgesteld (§ 4 UmwG), het besluit tot fusie wordt door de *Anteilshaber* (aandeelhouders, leden) genomen: § 13 UmwG.²²

Onvriendelijke overname

Een zeer belangrijk verschil tussen het Duitsland en Nederland is, dat

Verschmelzung (juridische fusie), *Spaltung* (Splitsing), vermogensoverdracht of *Formwechsel* (wisseling van rechtsvorm), § 1 UmwG. In dit hoofdstuk komen alleen de juridische fusie en de splitsing aan de orde.

- 19 Hetbetrefftonderandere: personenvennootschappen, kapitaalvennootschappen, coöperaties, onderlinge waarbormaatenschappen.
- 20 Aangezien juridische fusie mogelijk is door rechtsvormen die geen rechtspersonen zijn, wordt in het *Umwandlungsgesetz* gesproken van *Rechtsträger*. Aangezien ik mij in dit onderzoek beperk tot rechtsvormen die aan de *Mitbestimmung* zijn onderworpen richt ik mij alleen op rechtspersonen, en zal deze term dan ook bij bespreking van het *Umwandlungsgesetz* hanteren.
- 21 De wet spreekt van vertegenwoordigende organen; aangezien ik mij alleen richt op rechtspersonen spreek ik hier, evenals in geval van splitsing hieronder, van besturen.
- 22 De weergave van de gang van zaken in geval van juridische fusie is zeer summier. Voor de verschillende rechtsvormen geeft het UmwG specifieke bepalingen. Zo geven de §§ 46-59 UmwG nadere regeling voor de GmbH, §§ 60-77 voor de AG, § 78 voor de KgaA en §§ 79-98 UmwG voor de coöperatie. Ik verwijs naar de volgende literatuur: H.W. Neye, Überblick über die Gesetzänderungen, in: M. Lutter e.a., Kölner Umwandlungsrechtstage: Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel nach neuem Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht (O. Schmidt-Köln 1995), blz. 1-18, waarin ook: B. Grunewald/M. Winter, Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, blz. 19-57. H. Kallmeyer, Das neue Umwandlungsgesetz: Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel von Handelsgesellschaften, ZIP 1994, blz. 1746-1759; H.W. Neye, Die Reform des Umwandlungsrechts, DB 1994, blz. 2069-2072. Specifiek over de GmbH: M. Streck/A. Mack/R. Schwedhelm, Verschmelzung und Formwechsel nach dem neuen Umwandlungsgesetz, GmbHHR 1995, blz. 161-176 (met name deel I, juridische fusie: blz. 161-171).

onvriendelijke overnames zich in Duitsland in geringere mate voordoen dan in andere landen.²³ Hiervoor kan een aantal oorzaken worden genoemd.²⁴ Allereerst is van belang, dat het aantal beursgenoteerde AG's relatief vrij gering is.²⁵ De wellicht belangrijkste reden is echter het hierboven besproken *Depotstimmrecht*. Het slagen van een overname zal sterk afhangen van de stellingname van de *Depotbank*.²⁶ De bereidheid van een kredietinstituut mee te werken aan een overname, zal vaak afhangen van de financiële belangen die zij hebben.²⁷

Naast het depotstemrecht kunnen allerlei andere vennootschapsrechtelijke 'faciliteiten' worden genoemd waardoor de stemverhoudingen beïnvloed kunnen worden. Gedacht kan worden aan stemrechtloze aandelen (*Vorzugsaktien ohne Stimmrecht*, § 12 Abs. 1 S 2, §§ 139 v. AktG)²⁸, maar ook aan *Vinkulierte Namensaktien* (gebonden aandelen op naam), beperking van het stemrecht (*Höchststimmrecht*)²⁹.³⁰

-
- 23 M. Lutter/B. Lammers, Hostile Take-over; Möglichkeiten und Grenzen nach deutschem Recht. Opgenomen in de documentatiebundel ten behoeve van het congres van het Van der Heijden Instituut 'Beschermingsconstructies' (10 en 11 november 1989), blz. 33.
 - 24 Vergelijk hierover: K.J. Hopt, Präventivmaßnahmen zur Abwehr von Übernahme- und Beteiligungsversuchen, in: WM-Festgabe für Th. Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991, blz. 22-30.
 - 25 Lutter/Lammers, loc.cit. (noot 23), blz. 33.
 - 26 Lutter/Lammers, loc.cit. (noot 23), blz. 50; ook wijs ik op het in noot 8 genoemde onderzoek van Baums en Fraune naar het aandelenbezit van institutionele beleggers in de 24 grootste beursgenoteerde vennootschappen.
 - 27 Lutter/Lammers, loc.cit. (noot 23), blz. 59.
 - 28 Vergelijk voor het gebruik van stemrechtloze aandelen tegen onvriendelijke overnames Lutter/Lammers, loc.cit. (noot 23), blz. 52-55; Zie ook: J. Fock, Stimmrechtslose Geschäftsanteile, in: Festschrift für Th. Heinsius (De Gruyter-Berlin/New York 1991), blz. 129-146 over de mogelijkheid om aandelen zonder stemrecht bij de GmbH uit te geven; R. Faasen, Aandelen zonder stemrecht, een rechtsvergelijkend onderzoek. In: D. Kokkini-Iatridou/F.W. Grosheide (red.), Eenvormig en vergelijkend privaatrecht (Vermande-Lelystad 1989), blz. 467-478. Ook in Nederland wordt de introductie van stemrechtloze aandelen wel bepleit, met name door C.A. Schwarz, Aandelen zonder stemrecht (inaugurele rede, Tjeenk Willink-Zwolle 1990), vergelijk paragraaf 8.2.5 hiervoor.
 - 29 Dit *Höchststimmrecht* is zeker niet onomstreden: vergelijk Hueck, op.cit. (noot 9), blz. 245, en H.J. Otto, Die Verteilung der Kontrollprämie bei Übernahme von Aktiengesellschaften und die Funktion des Höchststimmrechts, AG 1994, blz. 167-175 (met name sub IV).
 - 30 Het voert te ver hier uitgebreid de beschermingsaspecten van deze aandelenvormen te bespreken. Verwezen wordt voor de 'gebonden aandelen op naam' naar Lutter/Lammers, loc.cit. (noot 23), blz. 47 e.v. Zie ook voor een zich in de praktijk voordoend

Ook dient een onderneming die, al dan niet direct, meer dan een kwart van de aandelen in een AG verkrijgt hiervan melding te maken aan deze AG (§ 20 Abs 1 AktG), zodat er enig inzicht is in het aandelenbezit.

Het feit, dat in een *mitbestimmte AG* werknemersvertegenwoordigers deel uitmaken van de raad van commissarissen, wordt wel als element genoemd waarom onvriendelijke overnames minder frequent voorkomen.³¹ Een dergelijke vorm van medezeggenschap zou een enigszins afschrikkende werking hebben. Hier ziet men een parallel met de Nederlandse situatie, waar ook de structuurregeling wel als beschermingsconstructie wordt aangemerkt.³²

Vermelding verdient tenslotte de recent tot stand gekomen en per 1 oktober 1995 in werking getreden Code voor beursgenoteerde vennootschappen in geval van een openbaar bod.³³

10.2.2 Medezeggenschap op ondernemingsniveau

Medezeggenschap op ondernemingsniveau wordt, zo zagen wij hierboven, uitgeoefend door de werknemersleden in de *Aufsichtsrat*. Deze vorm van medezeggenschap is rechtsvormgebonden.³⁴ Of werknemersvertegenwoordigers via de *mitbestimmte Aufsichtsrat* invloed kunnen uitoefenen bij een fusiebesluit is afhankelijk van de betrokkenheid van de raad van commissarissen bij fusie. Aangezien de verschillende medezeggenschapswetten voor de bevoegdheden van de raad van commissarissen aanknopen bij de AG, zal ik de uit het AktG relevante bepalingen hieronder behandelen.

geval: H. Tiddens, Een geheim Duits wapen [tegen ongewenste overnames], FEM 1992, blz. 60-62, vergelijk ook Hopt, loc.cit. (noot 24).

31 Zie Lutter/Lammers, loc.cit. (noot 23), blz. 63-65.

32 Zie hierboven, paragraaf 2.6.

33 Übernahmekodex der Börsensachverständigenkommission vom 14. Juli 1995, de tekst van deze Code is opgenomen in ZIP 1995, blz. 1467-1470. Ik laat deze Code hier onbesproken, en verwijs naar: H.W. Neye, Der neue Übernahmekodex der Börsensachverständigenkommission, ZIP 1995, blz. 1464-1467; S. Schuster, Neue Regeln für Übernahmen, Die Bank 1995/10, blz. 609-614; H.D. Assmann, Verhaltensregeln für freiwillige öffentliche Übernahmeangebote, AG 1995, blz. 563-572, en tenslotte het Handelsblatt 28. 9. 1995, blz. 39.

34 Slechts de Aktiengesellschaft (AG), de Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGA), de Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) vallen onder de werking van deze regelingen. Ook bepaalde andere rechtsvormen vallen onder de werking van een van de drie medezeggenschapsregelingen op ondernemingsniveau. Verwezen wordt naar hoofdstuk 4, paragraaf 4.4 hierboven waar de toepasselijkheid van de verschillende wetten is besproken.

Allereerst komt de raad van commissarissen een recht op informatie toe op grond van § 90 AktG. In het eerste lid van dit artikel wordt een aantal aangelegenheden genoemd waarover informatieverstrekking door het bestuur aan de raad van commissarissen plaats dient te vinden (§ 90 Abs. 1 AktG). Hieronder valt de informatie over het toekomstige bestuursbeleid, (§ 90 Abs. 1, Nr. 1 AktG).³⁵ Wanneer het bestuur betrokken is bij een besluit tot fusie of een samenwerking met een andere ondernemer, lijkt melding hiervan aan de raad van commissarissen noodzakelijk.³⁶ Aangezien § 90 Abs. 1 AktG niet in § 25 MitbestG op andere rechtsvormen van toepassing is, kan slechts de AG en de KgaA op deze informatie aanspraak maken.

Wèl is § 90 Abs. 3 AktG van overeenkomstige toepassing verklaard op, onder andere, de GmbH (§ 25 Abs. 1, Nr. 2 MitbestG). Op grond van deze bepaling heeft de raad van commissarissen het recht om op ieder moment van het bestuur informatie te verlangen over de daar genoemde aangelegenheden. In dit artikellid wordt een fusie of samenwerking met een andere onderneming als zodanig niet genoemd; wèl lijkt mij, dat een fusie of samenwerking is aan te merken als een 'aangelegenheid betreffende de vennootschap', zodat informatie verstrekt moet worden. Duidelijk is, dat de hier genoemde informatie niet op initiatief van het bestuur wordt verzocht, maar dat de raad van commissarissen een verzoek tot informatie moet doen.

Op grond van § 111 Abs. 4 AktG is het mogelijk, dat bepaalde bestuursbesluiten aan toestemming van de raad van commissarissen zijn onderworpen. Deze toestemming kan vereist zijn op grond van de statuten of op grond van een besluit van de raad van commissarissen zelf. De vraag rijst of het mogelijk is om statutair (voorstellen tot) fusie of samenwerking met een andere ondernemer (door het bestuur), aan toestemming van de raad van commissarissen te onderwerpen. De toestemmingsplicht kan niet zover gaan, dat de bestuursuitoefening door de raad van commissarissen terzijde geschoven wordt.³⁷ Wèl is mijns inziens het aan toestemming onderwerpen van bestuursbesluiten omtrent een fusie of samenwerking denkbaar.

35 Vergelijk: M. Lutter, Unternehmensplanung und Aufsichtsrat, AG 1991, blz. 249-255.

36 Th. Kanavelis, Die Funktion des mitbestimmten Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft (Florentz-München 1987), blz. 141, geeft als voorbeeld van te verstrekken informatie: de wens tot samenwerking met een andere ondernemer.

37 Th. Raiser, Mitbestimmungsgesetz (2. Aufl. De Gruyter-Berlin/New York 1984), blz. 370; Hueck, op.cit. (noot 9), blz. 213; Kanavelis, op.cit. (noot 36), blz. 198-199.

Naar het bestaan van goedkeuringsplichtige bestuursbesluiten is empirisch onderzoek verricht.³⁸ Uit dit onderzoek blijkt, dat bij 63% van de onderzochte aan het MitbestG onderworpen AG's (281 stuks) bestuurshandelingen aan toestemming van de raad van commissarissen onderworpen waren.³⁹ Bij AG's die onderworpen waren aan het Montan-MitbestG lag dit aantal veel hoger, namelijk 90% (26 AG's).⁴⁰ Ook is onderzocht voor welke aangelegenheden de toestemming van de raad van commissarissen vereist is. Hieruit blijkt, dat bij 54% van de MitbestG-AG's, en bij 69% van de Montan-MitbestG-AG's bestuursbesluiten rond het nemen, danwel vervreemden van een deelname aan goedkeuring onderworpen waren.⁴¹ In 21% van de aan het MitbestG onderworpen AG's is de oprichting, verwerving of de vervreemding van een dochtermaatschappij aan goedkeuring onderworpen; in de Montan-MitbestG-AG's bedraagt dit percentage 21.⁴²

Bij GmbH's liggen deze aantallen veel lager. Slechts bij 29% van de GmbH's die aan het MitbestG, en bij 49% van de GmbH's die aan het Montan-MitbestG onderworpen zijn, zijn bestuursbesluiten aan toestemming onderworpen.⁴³ In 20% van de aan beide regelingen onderworpen GmbH's is toestemmingsrecht van de raad van commissarissen met betrekking tot deelnemingen vastgelegd.⁴⁴ Met betrekking tot besluiten ten aanzien van dochtermaatschappijen zijn de percentages 12, respectievelijk 41.

Gewezen kan nog worden op § 32 MitbestG, waarin regelgeving is opgenomen om in afhankelijkheidsverhoudingen een cumulatie van medezeggenschapsrechten te voorkomen. Bepaalde beslissingen van het bestuur van de dominerende onderneming zijn onderworpen aan toestemming van de raad van commissarissen. Binnen de raad van commissarissen is in deze gevallen slechts een stemmenmeerderheid nodig van de leden benoemd door de aandeelhouders. Bij de in dit artikel genoemde aangelegenheden treft men ook juridische fusie (*Verschmelzung*) van de afhankelijke maatschappij aan.

38 E. Gerum/H. Steinmann/W. Fees, Der mitbestimmte Aufsichtsrat: Eine empirische Untersuchung (Poeschel Verlag-Stuttgart 1988).

39 Gerum/Steinmann/Fees, op.cit. (noot 38), blz. 72.

40 Meegeteld zijn hierbij zowel AG's die slechts een bestuurshandeling aan toestemming onderworpen hadden, als AG's die een uitgebreide opsomming van toestemmingsplichtige bestuursbesluiten in hun statuten hadden opgenomen.

41 Gerum/Steinmann/Fees, op.cit. (noot 38), blz. 75.

42 Gerum/Steinmann/Fees, op.cit. (noot 38), blz. 75.

43 Gerum/Steinmann/Fees, op.cit. (noot 38), blz. 85.

44 Gerum/Steinmann/Fees, op.cit. (noot 38), blz. 86.

10.2.3 Medezeggenschap op bedrijfsniveau

In ondernemingen met een bepaalde omvang dient een economische commissie ingesteld te worden (vergelijk § 106 Abs. 1 BetrVG, zie par. 4.3.2 sub III). Aan deze economische commissie dient de ondernemer informatie te verstrekken omtrent economische aangelegenheden binnen de onderneming. Overleg vindt over deze aangelegenheden tussen de commissie en de ondernemer plaats. De economische commissie heeft de taak de bedrijfsraad te informeren. In § 106 BetrVG is een aantal economische aangelegenheden opgenomen. Daaronder is expliciet vastgelegd: het samengaan van ondernemingen of bedrijven (§ 106 Abs. 3 Nr. 8 BetrVG: *Zusammenschluß*).⁴⁵ Daarnaast is in § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG vastgelegd dat tot de economische aangelegenheden behoren: gebeurtenissen en voornemens die de belangen van de werknemers in de onderneming wezenlijk betreffen kunnen. In de rechtspraak is uitgemaakt, dat de overdracht van alle aandelen in een GmbH aan een andere ondernemer een economische aangelegenheid in de zin van § 106 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG is.⁴⁶

De bedrijfsraad heeft bij een *Betriebsänderung* (herstructurering) op grond van § 111 BetrVG recht op overleg met de ondernemer, indien deze herstructurering aanzienlijke nadelen voor (een gedeelte van) de werknemers tot gevolg heeft. In de in dit artikel opgenomen opsomming is vermeld (Nr. 3) het samengaan met een ander bedrijf.⁴⁷ Een fusie of overname kan het samengaan van bedrijven (arbeidsorganisaties) tot gevolg hebben. Indien dat niet het geval is, bestaat er dus geen recht op overleg over de geplande herstructurering.

Bij een dergelijk samengaan van bedrijven heeft de bedrijfsraad tevens recht op een *Interessenausgleich* (belangenvergelijking) met de ondernemer (§ 112 Abs. 1 BetrVG); ik verwijz naar paragraaf 4.3.2 hierboven. Daarnaast

45 Deze formulering is het gevolg van het hierboven besproken *Umwandlungsgesetz*. Voorheen was alleen een *Zusammenschluß von Betrieben* in § 106 Abs. 3 Nr. 8 BetrVG opgenomen.

46 BAG 22. 1. 1991 - 1 ABR 38/89, AuA 1992, blz. 124-125; D. Joost, Wirtschaftliche Angelegenheiten als Kompetenzbereich des Wirtschaftsausschusses, in: Arbeitsrecht in der Bewährung (Festschrift R. Kissel) (Beck-München 1994), blz. 441. Zie over de medezeggenschapsrechten van de economische commissie en bedrijfsraad bij *Umwandlung*: B. Gaul, Beteiligungsrechte von Wirtschaftsausschuß und Betriebsrat bei Umwandlung und Betriebsübergang, DB 1995, blz. 2265-2270.

47 Ik wijs erop, dat in tegenstelling tot § 106 Nr. 8 BetrVG hier alleen wordt gesproken van het samengaan van bedrijven en niet van ondernemingen.

kan een Sociaal Plan opgesteld worden (§ 112 Abs. 1-5 BetrVG), waarin regelingen worden opgenomen ter compensatie van de nadelige gevolgen van de fusie of samenwerking voor de werknemers. Het recht op een Sociaal Plan is niet altijd afdwingbaar.

10.3 Ontbinding, faillissement en herstructurering van de ondernemer

10.3.1 Rechtspersonenrecht

Ontbinding en faillissement

Ontbinding kan, onder andere, plaatsvinden door een besluit van de aandeelhoudersvergadering (§ 119 jo. 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG; § 60 Abs. 1 nr. 2 GmbHG; § 78 GenG). Voor een besluit tot ontbinding is een meerderheid van drie kwart van de aandeelhouders noodzakelijk. Het ontbindingsbesluit wordt door het bestuur ingeschreven in het handelsregister, vergelijk § 263 AktG voor de AG, § 65 GmbHG, en § 78 Abs. 2 GenG. Na ontbinding volgt vereffening door vereffenaars volgens de in de artikelen § 264-274 AktG neergelegde procedure.

Indien het vermogen van een vennootschap niet langer de schulden dekt (*Überschuldung*), zijn de bestuurders verplicht om binnen drie weken een procedure tot *Vergleich* (vergelijkbaar met de surséance van betaling) of *Konkurs* (faillissement) aanhangig te maken, § 92 AktG, § 64 GmbHG.⁴⁸

Splitsing

Hierboven kwam het *Umwandlungsgesetz* reeds aan de orde in het kader van juridische fusie. In deze wet is tevens een regeling opgenomen voor de juridische splitsing, de *Spaltung*. Splitsing is opgenomen in boek 3 van het *Umwandlungsgesetz*. Tot splitsing zijn de in § 3 Abs. 1 UmwG genoemde rechtsvormen die ook een juridische fusie kunnen aangaan, bevoegd; vergelijk § 124 Abs. 1 UmwG.

Drie verschillende vormen van splitsing kunnen worden onderscheiden: *Aufspaltung*, *Abspaltung* en *Ausgliederung*.

Van *Aufspaltung* (opsplitsing) is sprake als een rechtspersoon zijn gehele vermogen onder algemene titel doet overgaan op twee andere al bestaande (of nog op te richten) rechtspersonen tegen aandelen of lidmaatschapsrechten in deze laatste rechtspersonen, hetgeen tevens tot ontbinding van de (split-

48 Vergelijk G. Noordraven, De regeling van de *Überschuldung* (Kluwer-Deventer 1991).

sende) rechtspersoon leidt (§ 123 Abs. 1 UmwG). In geval van *Abspaltung* (afsplitsing) blijft de splitsende rechtspersoon bestaan, en draagt één (of meer) gedeelte(n) van zijn vermogen onder algemene titel aan één (of meer) al bestaande (of nog op te richten) rechtsperso(o)n(en) over tegen aandelen of lidmaatschapsrechten in de verkrijgende rechtsperso(o)n(en) (§ 123 Abs. 2 UmwG). Van *Ausgliederung* ('losmaking') is sprake, als een gedeelte van het vermogen van een rechtspersoon onder algemene titel aan een andere (bestaande of nog op te richten) rechtspersoon wordt overgedragen. De als tegenprestatie ontvangen *Anteile* (aandelen) geraken in het vermogen van de overdragende rechtspersoon (§ 123 Abs. 3 UmwG).

Bevoegd tot het opstellen van een splitsingovereenkomst zijn de besturen van de rechtspersonen (§ 125 jo. § 4 UmwG). De *Anteilsinhaber* dienen het besluit tot splitsing te nemen (§ 125 jo. § 13 UmwG).⁴⁹

10.3.2 Medezeggenschap op ondernemingsniveau

Indien surséance van betaling of faillissement van een aan medezeggenschap onderworpen rechtspersoon wordt aangevraagd, zal raad van commissarissen stellig bij een dergelijke belissing betrokken zijn vanwege zijn controlerende taak (§ 111 Abs. 1 AktG). Hetzelfde geldt voor een besluit tot ontbinding of splitsing van de rechtspersoon.

Het is denkbaar dat bepaalde handelingen van het bestuur statutair of door een besluit van de raad van commissarissen zelf aan goedkeuring van de raad van commissarissen worden onderworpen, § 111 Abs. 4 AktG. Zoals hierboven reeds bleek (par. 10.2.2), is het vervreemden van een deelname regelmatig aan toestemming onderworpen. Hetzelfde geldt voor het vervreemden van een dochtermaatschappij.⁵⁰

49 Ook voor splitsing zijn er specifieke voorschriften per rechtsvorm: §§ 138-140 UmwG voor de GmbH; §§ 141-146 UmwG voor de AG en KgaA; §§ 147-148 UmwG voor de coöperaties. Voor uitgebreide literatuur over de verschillende splitsingsvormen verwijs ik naar: P. Hommelhoff/H.J. Priester/A. Teichmann, Spaltung, in: Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel (op.cit. noot 22), blz. 89-155; R. Schwedhelm/M. Streck/A. Mack, Die Spaltung der GmbH nach neuem Umwandlungsrecht, GmbHR 1995, blz. 7-15 (deel 1), 100-108 (deel 2); H. Kallmeyer, Kombination von Spaltungsarten nach dem neuen Umwandlungsgesetz, DB 1995, blz. 81-83.

50 Gerum/Steinmann/Fees, op.cit. (noot 38), blz. 75.

10.3.3 Medezeggenschap op bedrijfsniveau

Zoals hierboven reeds aan de orde kwam, heeft de economische commissie recht op overleg met de ondernemer over economische aangelegenheden op grond van § 106 Abs. 1 BetrVG. In § 106 Abs. 3 BetrVG is een (niet-limitatieve) opsomming gegeven van economische aangelegenheden in de zin van dit artikel. Hier zijn de volgende onderdelen van belang: het inkrimpen of stilleggen van (onderdelen van) bedrijven (§ 106 Abs. 3 nr. 6 BetrVG),⁵¹ de splitsing van een bedrijf of onderneming (§ 106 Abs. 3 Nr. 8 BetrVG) en het hiervoor al genoemde § 106 Abs. 10 BetrVG: gebeurtenissen of voornemens die de belangen van de werknemers van de onderneming wezenlijk kunnen raken. Op grond van dit laatste onderdeel is de ondernemer mijns inziens verplicht een beslissing tot het aanvragen van surséance van betaling of faillissement met de economische commissie te bespreken.

De bedrijfsraad heeft recht op informatie en overleg in geval van een *Betriebsänderung* (herstructurering) die voor (een gedeelte van) de werknemers aanzienlijke nadelen met zich meebrengt. Tot deze herstructureringen behoort het inkrimpen of sluiten van het gehele bedrijf of een wezenlijk bedrijfsonderdeel (§ 111 Nr. 1 BetrVG) en het splitsen van een bedrijf (§ 111 Nr. 3 BetrVG). Hiernaast dient een belangenvergelijking (*Interessenausgleich*) plaats te vinden, en een sociaal plan te worden opgesteld, § 112 BetrVG.

Splitsing van het bedrijf is sinds het in werking treden van het *Umwandlungsgesetz* in § 111 BetrVG opgenomen. Uit de literatuur blijkt, dat zich in geval van splitsing van een rechtsvorm niet alleen de vraag voordoet of de splitsing als zodanig aan medezeggenschap van de werknemers is onderworpen, maar met name ook wat de gevolgen zijn voor de inrichting van de medezeggenschap en het mogelijk verlies daarvan.⁵²

51 In de rechtspraak is uitgemaakt, dat de economische commissie ook bevoegd is, indien wordt besloten tot sluiting van een bedrijf waarbij geen bedrijfsraad is ingesteld: BAG 9. 5. 1995 - 1 ABR 61/94, ZIP 1995, blz. 1615-1617.

52 Zie hieromtrent: H.J. Willemsen, *Arbeitsrechtliche Aspekte der Reform des Umwandlungsrechts*, RdA 1993, blz. 133-140; H.J. Bauer, *Das neue Umwandlungsgesetz und seine arbeitsrechtlichen Auswirkungen*, NZA 1994, blz. 1057-1064; P. Bartodziej, *Reform des Umwandlungsrechts und Mitbestimmung*, ZIP 1994, blz. 580-585; O. Wlotzke, *Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen Umwandlungsrechts*, DB 1995, blz. 40-48; W. Däubler, *Das Arbeitsrecht im neuen Umwandlungsgesetz*, RdA 1995, blz. 136-147; D. Joost, *Arbeitsrechtliche Angaben im Umwandlungsvertrag*, ZIP 1995, blz. 976-986 en ook 'Umwandlungsrecht und Arbeitsrecht', in: *Verschmelzung. Spaltung.*

10.4 Financiering van de ondernemer

10.4.1 Algemeen

Besluiten tot het aantrekken van eigen vermogen door middel van uitgifte van aandelen worden genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders (§ 203 AktG); op grond van § 202 AktG kan aan het bestuur voor een periode van maximaal 5 jaar de bevoegdheid gedelegeerd worden om het gestorte kapitaal te verhogen voor de uitgifte van aandelen. Op grond van § 202 Abs. 3 AktG is bij uitgifte van nieuwe aandelen toestemming nodig van de raad van commissarissen. Zeer wel is denkbaar dat het bestuur een voorstel tot aandelenemissie doet. Beslissingen omtrent het aantrekken van vreemd vermogen zullen veelal door het bestuur genomen worden.

10.4.2 Medezeggenschap op ondernemingsniveau

Op grond van § 90 Abs. 1 Nr. 2 AktG heeft de raad van commissarissen recht op informatie van het bestuur over de rentabiliteit van de vennootschap (en in het bijzonder het eigen vermogen), de omzet (§ 90 Abs. 1 Nr. 3) en over transacties die de rentabiliteit of de liquiditeit van de vennootschap (ingrijpend) kunnen beïnvloeden (§ 90 Abs. 4 AktG).

Indien een belangrijk krediet wordt aangetrokken of een grote investering wordt gedaan, is op grond van § 111 Abs. 1 AktG over deze besluiten overleg noodzakelijk met de raad van commissarissen, aangezien deze laatste op grond van haar algemene controlerende taak bij dergelijke beslissingen betrokken hoort te worden.⁵³

Zoals hierboven al enige malen aan de orde kwam, kan de raad van commissarissen bepaalde bestuurshandelingen aan haar toestemming onderwerpen, § 111 Abs. 4 AktG. Zeer wel denkbaar is het aan toestemming onderwerpen van kredietverstrekking aan of door de rechtspersoon en investeringsbeslissingen.⁵⁴ Ook kunnen bestuursbesluiten omtrent een aandelenemissie aan toestemming worden onderworpen. Uit het empirisch onderzoek naar dergelijke toestemmingsplichtige besluiten blijkt, dat daartoe (op

Formwechsel (op.cit. noot 22), blz. 297-328; E. Kreßel, *Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen Umwandlungsbereinigungsgesetzes*, BB 1995, blz. 925-930.

53 H.J. Mertens in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Band 1*, (Heymans Verlag-Köln/Berlin/Bonn/München 1985), § 111, Nr. 24.

54 Raiser, *Recht der Kapitalgesellschaften*, op.cit. (noot 2), blz. 206.

financieel terrein) kunnen behoren: beslissingen omtrent investeringen, waardepapieren, het aantrekken van kredieten, financieringsplannen en het verstrekken van leningen.⁵⁵

10.4.3 Medezeggenschap op bedrijfsniveau

Tot de economische aangelegenheden waarover de ondernemer overleg moet voeren met de economische commissie behoren de financiële situatie van de onderneming (§ 106 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG en het investeringsprogramma (§ 106 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG).

Geen specifiek overlegrecht is in de opsomming opgenomen met betrekking tot het aantrekken of verstrekken van kredieten; het lijkt mij dat bij kredietverlening of kredietverstrekking van enige omvang, danwel het aantrekken van (een aanzienlijk) eigen vermogen overleg moet plaatsvinden op grond van § 106 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG: de financiële situatie van de onderneming.

Ook heeft de economische commissie, indien bij de onderneming in de regel meer dan 1000 werknemers in dienst zijn, eens per kwartaal recht op schriftelijke informatie over de toestand van de onderneming; hiertoe behoort vanzelfsprekend de financiële situatie van de onderneming.⁵⁶

Los van het overlegrecht en het recht op schriftelijke informatie van de economische commissie, komt de werknemers geen medezeggenschap op bedrijfsniveau toe ten aanzien van de financiering van de ondernemer.

10.5 Vergelijking van het Duitse en het Nederlandse recht

Overeenkomst tussen het Duitse en Nederlandse systeem van medezeggenschapswetgeving bestaat in die zin, dat beide landen onderscheiden tussen medezeggenschap op het terrein van de arbeidsorganisatie (Duitsland: *Betrieb*, Nederland: onderneming 'in de zin van de WOR'), en een vorm van werknemersinvloed in het toezichthoudend orgaan van de rechtspersoon, de raad van commissarissen. In Duitsland maken werknemersvertegenwoor-

55 Gerum/Steinmann/Fees, op.cit. (noot 38), blz. 76, 86.

56 Indien minder dan 1000 werknemers in de onderneming aanwezig zijn, kan verstrekking van deze informatie mondeling plaatsvinden aan de economische commissie. Heeft de onderneming tussen de twintig en honderd werknemers, dan hoeft geen economische commissiesamengestelde worden, en geschiedt informatieverstrekking aan de bedrijfsraad, zie § 110 Abs. 2 BetrVG.

digers deel uit van deze raad, terwijl in Nederland aan de ondernemingsraad een aanbevelingsrecht toekomt bij de samenstelling van de raad van commissarissen van structuurrechtspersonen.

Op bedrijfsniveau wordt de medezeggenschap uitgeoefend door een afzonderlijk orgaan (Duitsland: *Betriebsrat*, Nederland: ondernemingsraad) waarin slechts werknemersvertegenwoordigers zitting hebben. Deze vorm van medezeggenschap op bedrijfsniveau is niet rechtsvormgebonden. Wanneer men de bevoegdheden van de beide raden vergelijkt, dan valt op dat de bedrijfsraden het accent van hun medezeggenschapsrechten hebben bij sociale en personele aangelegenheden, terwijl bij de bevoegdheden van de ondernemingsraad een dergelijke nadruk niet gelegd wordt.

Financieel-economische besluiten

De bevoegdheden van de Duitse *Aufsichtsrat* en de Nederlandse raad van commissarissen bij structuurvennootschappen zijn sterk gelijkend. Beide organen hebben als hoofdtak de controle van het bestuur van de rechtspersoon. Ook zijn zij beide belast met het ontslag en de benoeming van bestuurders, en goedkeuring (Duitsland) respectievelijk vaststelling (Nederland) van de jaarrekening. Een belangrijk verschil is echter, dat in het Nederlandse recht de structuurregeling een opsomming geeft van bestuursbesluiten die in elk geval onderworpen zijn aan de goedkeuring van de raad van commissarissen. In het Duitse recht is slechts vastgelegd, dat de raad van commissarissen of de statuten kunnen bepalen dat bepaalde bestuursbesluiten aan toestemming onderworpen zijn. Geen opsomming is opgenomen van besluiten die dwingendrechtelijk aan toestemming van de raad van commissarissen onderworpen zijn. Uit empirisch onderzoek blijkt, dat slechts in ruim de helft van de aan de *Mitbestimmung* onderworpen AG's en in nog minder GmbH's één of meer besluiten toestemmingsplichtig zijn gemaakt in de statuten.

De bevoegdheden van de bedrijfsraad bij financieel-economische besluiten worden overgenomen door de economische commissie. Deze economische commissie heeft recht op overleg met de ondernemer over een aantal in de wet (niet limitatief) opgesomde aangelegenheden. Omstreden is of dit overleg zich uitstrekt tot het concernniveau. Wanneer men § 106 Abs. 3 BetrVG vergelijkt met het recht op informatie en overleg van de ondernemingsraad dan is er inhoudelijk duidelijk overeenstemming. Op grond van artikel 31a WOR heeft de ondernemingsraad recht op de jaarrekening en bespreking van deze jaarrekening met de ondernemer. De economische commissie heeft recht op informatie en overleg over de financiële situatie van

de onderneming; daarnaast heeft de economische commissie op grond van § 108 Abs. 5 BetrVG recht op een vergadering waarbij de ondernemer de jaarrekening toelicht. Bij deze vergadering is de bedrijfsraad aanwezig.

Het voornaamste medezeggenschapsrecht van de economische commissie bestaat uit een overlegrecht bij herstructurerings. Tevens moet er ten aanzien van dergelijke herstructurerings een belangenafweging plaatsvinden. De kracht van dit medezeggenschapsrecht is mijns inziens minder groot dan het adviesrecht van de ondernemingsraad op grond van artikel 25 WOR. In de eerste plaats omdat overleg en informatie over de herstructurering alleen noodzakelijk is, indien deze nadelige gevolgen zal hebben voor (een gedeelte van) de werknemers.⁵⁷ Deze beperking wordt in artikel 25 lid 1 sub a en b WOR niet gesteld.⁵⁸ Hoewel de belangenafweging afgedwongen kan worden in een procedure bij de *Einigungsstelle*, kan het besluit tot herstructurering zelf niet worden getoetst. De voorgenomen financieel-economische besluiten die aan advies van de ondernemingsraad zijn onderworpen, zijn, weliswaar marginaal, te toetsen door de Ondernemingskamer. Dit heeft mijns inziens tot gevolg, dat de medezeggenschap van de ondernemingsraad zich meer dan die door de economische commissie, richt op het beleid van de ondernemer.

Het adviesrecht van de ondernemingsraad strekt zich niet alleen uit tot fusies en herstructurerings, maar tevens tot voorgenomen besluiten, het doen van investeringen en het aantrekken van een krediet. Bij dergelijke besluiten heeft de economische commissie slechts een informatie- en overlegrecht.

Tenslotte worden er in Nederland zeer regelmatig medezeggenschapsconvenanten gesloten over de inrichting van de medezeggenschap. In deze convenanten worden de rechten van de ondernemingsraad geconcretiseerd en, zeer regelmatig, uitgebreid. Het Duitse recht kent een wettelijke basis voor zogenaamde *Betriebsvereinbarungen* (bedrijfsovereenkomsten). Dergelijke bedrijfsovereenkomsten hebben echter veelal arbeidsvoorwaarden, en geen financieel-economische besluiten van de ondernemer tot onderwerp.

57 In dezelfde zin: L. Timmerman, Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers (Kluwer-Deventer 1988), blz. 34-35.

58 Vergelijk hieromtrent ook Timmerman, op.cit. (noot 57), blz. 35, noot 60.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

Doelstelling van dit onderzoek is het analyseren van medezeggenschapsrechten die werknemers en hun vertegenwoordigers op grond van Nederlandse wet- en regelgeving toekomen bij financieel-economische besluiten van een ondernemer. Daarbij wordt onderzocht of dit systeem van wet- en regelgeving voldoet, en op welke wijze geconstateerde lacunes kunnen worden opgevuld. Naast analyse van het Nederlandse recht zijn enige beschouwingen gewijd aan het Duits medezeggenschapsrecht bij financieel-economische besluiten.

Hieronder geef ik de belangrijkste resultaten van deze analyse weer aan de hand van de drie belangrijkste regelingen op medezeggenschapsgebied: de WOR, de structuurregeling en de SER-fusiegedragsregels; daarbij geef ik aan op welke punten het wettelijk systeem mede gelet op de interpretatie en toepassing van de diverse regels (grote) lacunes bevat. Vervolgens geef ik de resultaten weer van de beschouwingen over het Duits medezeggenschapsrecht bij financieel-economische besluiten weer, waarbij aandacht wordt besteed aan de verschillen en gelijkenissen tussen de beide rechtstelsels en wordt gepoogd voor de verschillen een verklaring te geven vanuit het in Duitsland strikter gehanteerde onderscheid tussen bedrijfs- en ondernemingsniveau.

Het Nederlandse medezeggenschapsrecht kent als belangrijkste wettelijke regeling de Wet op de ondernemingsraden (WOR). In dit onderzoek staat het adviesrecht van de ondernemingsraad bij een aantal financieel-economische besluiten centraal. Daarnaast bestaat voor commerciële rechtspersonen met een aanzienlijke omvang de structuurregeling. Op grond van deze regeling heeft de ondernemingsraad invloed op de samenstelling van de raad van commissarissen. Aangezien aan de raad van commissarissen binnen de structuurregeling een goedkeuringsrecht is toegekend bij een aantal financieel-economische besluiten die het bestuur van de structuurrechtspersoon kan nemen of voorstellen, ontlenen werknemers aan de structuurregeling derhalve indirecte medezeggenschap. Naast deze twee wettelijke regelingen biedt het Nederlandse recht nog een gedragscode op het terrein van fusie: de SER-Fusiegedragsregels. Op grond van deze regeling komen aan de vakorganisaties medezeggenschapsrechten toe in geval van fusie.

Vakorganisaties ontlenen daarnaast ook rechten aan het enquêterecht. De Ondernemingskamer heeft een aantal uitspraken gedaan in enquêtezaken die betrekking hadden op aangelegenheden met een financieel-economisch karakter. Deze zaken hebben met name betrekking op de herstructurering van

een concern die tot gevolg had dat ondernemingen (gedeeltelijk) gesloten moesten worden, en het verstrekken van leningen en het stellen van zekerheden in concernverhoudingen.

WET OP DE ONDERNEMINGSRADEN

Kernartikel inzake medezeggenschap bij financieel-economische besluiten door de ondernemingsraad is artikel 25 WOR, het adviesrecht. Dit adviesrecht komt de ondernemingsraad toe, wanneer de ondernemer voornemens is een van de in het eerste lid van artikel 25 WOR opgesomde sociaal-economische besluiten te nemen. Het adviesrecht wordt ondersteund door een beroepsrecht bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam. De WOR heeft tot een aantal interpretatieproblemen geleid, waarvan de toerekening van besluiten het meest fundamentele is. Het probleem is het volgende. Artikel 25 WOR bepaalt dat de ondernemer (rechtspersoon die de onderneming [arbeidsorganisatie] in stand houdt) advies moet vragen aan de ondernemingsraad over een aantal voorgenen besluiten. Zeer wel denkbaar is echter, dat een onder de opsomming van artikel 25 lid 1 WOR vallend besluit niet wordt genomen door de 'ondernemer' maar door een (groot)aandeelhouder of moederverenootschap. Om toch tot een adviesrecht van de ondernemingsraad te kunnen komen kan de in de literatuur en rechtspraak ontwikkelde toerekeningsconstructie uitkomst bieden. Toerekening van een besluit van de (groot)aandeelhouder of moedermaatschappij aan de ondernemer in de zin van de WOR is mogelijk, maar zal met behulp van de concrete omstandigheden gemotiveerd moeten worden. Daarnaast is er het probleem dat het voorgenen besluit niet primair op de onderneming betrekking heeft, maar op de ondernemer. Dit wordt opgelost door de figuur van de gelijkstelling.

Overdracht van zeggenschap

Van zeer groot belang bij medezeggenschap bij financieel-economische besluiten is het advies dat gevraagd moet worden bij een voorgenen besluit van de ondernemer tot 'overdracht van zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan' (art. 25 lid 1 sub a WOR). Overdracht van de zeggenschap over de onderneming kan zich voordoen bij een scala aan financieel-economische beslissingen: aandelenfusie en onvriendelijke overname (aan de zijde van de vervreemder), verkoop van een (onderdeel van een) onderneming (bijvoorbeeld in het kader van een bedrijfsfusie), overdracht van een concernonderdeel, sterfhuisconstructies en bij een management buy-out. Een zeggenschapsoverdracht kan zich ook voordoen bij het uitgeven

van certificaten van aandelen. Aandelenemissie (van met name preferente of prioriteitsaandelen) kan een overdracht van zeggenschap impliceren; dat kan ook het geval zijn als aandelen worden uitgegeven in het kader van een beschermingsconstructie.

Bij beantwoording van de vraag of zeggenschap over een onderneming wordt overgedragen, spelen de volgende aspecten. Allereerst wordt bij overdracht van aandelen geen zeggenschap over de onderneming (arbeidsorganisatie) overgedragen, maar in de vennootschap (de ondernemer). In de uitspraak inzake *PUEM* is uitgemaakt, dat overdracht van zeggenschap in de rechtspersoon, overdracht van zeggenschap over de met deze rechtspersoon verbonden onderneming impliceert (gelijkstelling). Tot een soortgelijke gelijkstelling werd, in andere omstandigheden, door de Hoge Raad geconcludeerd in de *Heuga*-zaak.

In de tweede plaats is niet duidelijk wat onder zeggenschap verstaan moet worden. Uit de *PUEM*-zaak is af te leiden, dat overdracht van een aandelenpakket, dat de meerderheid van de stemrechten vertegenwoordigt, aan een andere rechtspersoon, een overdracht van zeggenschap inhoudt. Allerlei varianten zijn hiernaast denkbaar. Een aandelenoverdracht zou ik als zeggenschapsoverdracht willen aanmerken, als de vervreemder een pakket overdraagt dat meer dan de helft van de stemrechten vertegenwoordigt. In het geval dat een (groot)aandeelhouder gefaseerd zijn meerderheidspakket overdraagt aan een verkrijger zou ik onder omstandigheden ook van overdracht van zeggenschap willen spreken. Tevens wil ik als overdracht van zeggenschap aanmerken die gevallen, waarin een aantal vervreemders in onderlinge afstemming de meerderheid van de stemrechten in de vennootschap overdraagt, daar zij in dat geval gezamenlijk zeggenschap in de vennootschap overdragen. Statutaire rechten kunnen bij bepaling van de vraag of beslissende zeggenschap wordt overgedragen, ook van betekenis zijn. Bij 'statutaire rechten' kan gedacht worden aan het recht bestuurders te benoemen en te ontslaan, of een goedkeuringsrecht ten aanzien van bestuursbesluiten. In de *PUEM*-zaak bleken statutaire rechten van betekenis bij beantwoording van de vraag of beslissende zeggenschap werd overgedragen.

Tenslotte is het denkbaar, dat transacties plaatsvinden waardoor een zeggenschapsoverdracht zich pas op een later moment effectueert. Gedacht kan worden aan het uitschrijven van een converteerbare obligatielening of het verlenen van een optie op aandelen. In dergelijke gevallen wordt potentiële zeggenschap overgedragen. Onder omstandigheden zou ik overdracht van potentiële zeggenschap als zeggenschapsoverdracht willen kwalificeren.

Ook in geval van bedrijfs- en juridische fusie is sprake van overdracht van zeggenschap over de onderneming.

Overigens is ook een voorgenomen besluit tot vestigen van zeggenschap over een andere onderneming adviesplichtig. Van vestiging van zeggenschap zal sprake zijn in geval van verkrijging van aandelen in het kader van een aandelenfusie of bij uitgifte van prefs ter voorkoming van een onvriendelijke overname. Tevens kan zeggenschap over een onderneming gevestigd worden in geval van bedrijfsfusie (art. 25 lid 1 sub b WOR) of juridische fusie.

Duurzame samenwerking

De WOR biedt een adviesrecht over een voorgenomen besluit tot, kort gezegd, het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking met een andere onderneming (art. 25 lid 1 sub b WOR). Van het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking zal sprake zijn bij het aangaan of verbreken van een joint-venture met een andere rechtspersoon. Hier dient dan tevens de figuur van de gelijkstelling gehanteerd te worden, daar strikt genomen duurzame samenwerking wordt aangegaan met een andere ondernemer.

Sluiting en inkrimping van de onderneming

De ondernemingsraad beschikt over een adviesrecht indien de werkzaamheden van (een onderdeel van) de onderneming worden beëindigd. Daarvan zal sprake zijn indien de onderneming, de arbeidsorganisatie, wordt gesloten. Sluiting van de onderneming kan het gevolg zijn van ontbinding van de vennootschap (bijvoorbeeld ten gevolge van faillissement) of in het kader van een herstructureringsoperatie. Aan de Ondernemingskamer is een aantal gevallen van herstructurering, met name in concernverhoudingen voorgelegd. Daaruit kan geconcludeerd worden dat de concernstrategie van belang is, maar dat daarnaast alle bij de besluitvorming betrokken belangen afgewogen dienen te worden.

Het besluit van een rechtspersoon tot ontbinding of het besluit om surseance van betaling of faillissement aan te vragen is op grond van deze bepaling niet adviesplichtig, daar sluiting van de onderneming daarvan niet direct het gevolg hoeft te zijn.

Kredieten en investeringen

Aan de ondernemingsraad is een adviesrecht toegekend bij het aantrekken van een (belangrijk) krediet of het plegen van een (belangrijke) investering. Het begrip 'belangrijk' bij krediet en investeringen is in de rechtspraak nader geconcretiseerd.

Wanneer de ondernemer in zijn financieringsbehoefte voorziet door het aantrekken van krediet zal deze transactie afhankelijk van de hoogte van het krediet en de voorwaarden waaronder het wordt verstrekt aan advies van de ondernemingsraad onderworpen zijn (art. 25 lid 1 sub i WOR). Indien door de ondernemer een investering wordt gedaan is het besluit hiertoe adviesplichtig als de omvang van het met deze investering gemoeide bedrag zo aanzienlijk is, dat de investering als belangrijk gekwalificeerd kan worden.

Ik acht het een *lacune* in artikel 25 WOR, dat geen adviesrecht toekomt aan de ondernemingsraad in geval van het verstrekken van een krediet door de ondernemer (dit klemmt met name in geval van concernfinanciering) en wanneer door de ondernemer een desinvestering wordt gedaan die niet onder de overige adviesplichtige besluiten van artikel 25 WOR gebracht kan worden. Op het punt van kredietverstrekking valt echter wijziging van de WOR te verwachten, op grond van het standpunt van het kabinet in deze.

Financiële informatie

Voor een doeltreffende uitoefening van medezeggenschap bij financieel-economische besluiten is het voor de ondernemingsraad van essentieel belang te beschikken over financiële informatie. Dergelijke informatie ontvangt de ondernemingsraad op grond van artikel 31a WOR. Dit artikel bepaalt tevens, dat aan de ondernemingsraad een jaarrekening wordt overgelegd en deze met hem wordt besproken. Op grond van artikel 31a lid 1 en 6 WOR is het mogelijk dat de verstrekking van financiële informatie mondeling plaatsvindt. Ik ben echter van mening dat financieel-economische *informatie* zich door haar aard *beter* leent voor *schriftelijke* verstrekking.

Convenanten

De WOR biedt in artikel 32 lid 2 aan de ondernemer de mogelijkheid om de ondernemingsraad extra bevoegdheden toe te kennen. Op deze wijze kan ook de invloedsuitoefening bij financieel-economische besluiten worden uitgebreid. Een nadere invulling van zijn hem bij de wet toegekende medezeggenschapsrechten of een uitbreiding van deze rechten, kunnen de ondernemingsraad en de ondernemer vastleggen in een medezeggenschapsconvenant. Gebleken is, dat van de mogelijkheid convenanten te sluiten in de praktijk zeer ruim gebruik wordt gemaakt. Sinds de uitspraak van de Hoge Raad inzake Smit Vlootbeheer, kunnen de (centrale) ondernemingsraad en de ondernemer naleving van een convenant op grond van de WOR bij de rechter afdwingen. Het kabinet is voornemens in de WOR de bevoegdheid tot het sluiten van convenanten vast te leggen. In de praktijk blijken over velerlei onderwerpen convenanten gesloten te worden. Deze convenanten

hebben allereerst betrekking op de interpretatie en concretisering van de in de WOR neergelegde medezeggenschapsrechten, maar houden daarnaast een uitbreiding van de bevoegdheden van de ondernemingsraad in.

STRUCTUURREGELING

Binnen de structuurregeling komt aan de raad van commissarissen een goedkeuringsrecht toe bij een aantal door het bestuur te nemen financieel-economische besluiten, of bestuursvoorstellen omtrent dergelijke besluiten. Daarnaast is een voorstel tot statutenwijziging van het bestuur aan goedkeuring onderworpen.

Duurzame samenwerking

Wanneer door het bestuur van een structuurrechtspersoon een besluit wordt genomen omtrent het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking met een andere rechtspersoon, is het besluit hiertoe onderworpen aan goedkeuring van de raad van commissarissen (art. 2:63j/164 lid 1 sub d BW). Dit artikellid kan van toepassing zijn in geval van een fusie of het aangaan van een joint venture met een andere rechtspersoon, en bij sterfhuisconstructies. Bij een bedrijfsfusie hoeft ten gevolge van de overdracht van het bedrijf geen duurzame samenwerking te ontstaan met een andere rechtspersoon, zodat lang niet alle bedrijfsfusies aan een goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen onderworpen zijn.

Deelneming

Wanneer een structuurrechtspersoon een deelneming van aanzienlijke omvang (overeenkomend met een vierde van het eigen vermogen van de structuurrechtspersoon [in de statuten kan en wordt regelmatig een lager percentage vastgesteld]) neemt, is het besluit hiertoe aan goedkeuring onderworpen (artikel 25 lid 1 sub e BW). Daarvan zal sprake kunnen zijn in geval van aandelenfusie (aan de zijde van de overnemer), of in het geval van een sterfhuisconstructie.

Surséance van betaling; faillissement

Indien het bestuur van een structuurrechtspersoon surséance van betaling of faillissement van de structuurrechtspersoon aanvraagt, is goedkeuring vereist op grond van artikel 2:63j/164 lid 1 sub i BW. Een goedkeuringsrecht bestaat ook in geval het bestuur een voorstel doet tot ontbinding van de structuurrechtspersoon (art. 2:63j/164 lid 1 sub h BW).

Aandelen en certificaten

Aan de raad van commissarissen komt een goedkeuringsrecht toe bij een bestuursbesluit omtrent uitgifte van aandelen bij een structuurvennootschap. Emissie van aandelen is natuurlijk het belangrijkste middel om eigen vermogen van een vennootschap aan te trekken, maar kan ook gebruikt worden om te komen tot een aandelenfusie of als beschermingsconstructie. In dat laatste geval worden veelal preferente of prioriteitsaandelen uitgegeven. Door de vennootschap kunnen stukken worden uitgegeven die niet als aandelen te kwalificeren zijn, maar toch eigen vermogen genereren; gedacht kan worden aan participatiebewijzen. Het is te verdedigen dat besluiten tot het uitgeven van dergelijke stukken die evenals aandelen eigen vermogen genereren, aan goedkeuring onderworpen zijn op grond van artikel 2:164 lid 1 sub a BW.

Het is eigenaardig, dat voor de NV en BV beslissingen tot het aantrekken van eigen vermogen door middel van emissie van aandelen aan goedkeuring zijn onderworpen, terwijl bij de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij een equivalent voor een dergelijk goedkeuringsrecht in artikel 2:63j lid 1 BW ontbreekt.

Wanneer het bestuur van een structuurvennootschap meewerkt aan een certificering van aandelen, is het besluit hiertoe onderworpen aan goedkeuring op grond van artikel 2:164 lid b BW. Ook certificering van aandelen wordt regelmatig gebruikt als beschermingsconstructie.

Bestuursbesluiten inzake beursnotering van aandelen of certificaten zijn ook aan een goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen onderworpen (art. 2:164 lid 1 sub c BW).

Schuldbrieven

Niet nader is omschreven welke stukken als schuldbrieven gekwalificeerd kunnen worden. Daaronder vallen in ieder geval (converteerbare) obligaties. Ook *commercial papers* en *Medium Term Notes* zijn daartoe te rekenen.

Een rekening-courantkrediet bij de bank, een (achtergestelde) geldlening of (bij de coöperatie) ledenschuldrekeningen zijn niet als schuldbrieven te kwalificeren, zodat bij bestuursbeslissingen omtrent het aantrekken van vermogen op deze wijzen geen goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen bestaat. Opmerkelijk acht ik, dat artikel 2:164 lid 1 BW geen goedkeuringsrecht bevat bij het aantrekken van een krediet als zodanig. Mijns inziens bevat artikel 2:164 lid 1 BW in dit opzicht een *lacune*. Ook voor bestuursbesluiten omtrent het verstrekken van (een belangrijk) krediet aan een andere (rechts)persoon is geen goedkeuring vereist.

Investerings

Evenals bij de WOR zijn ook binnen de structuurregeling bestuursbesluiten omtrent investeringen aan medezeggenschap onderworpen. De investering moet aanzienlijk van omvang zijn, daar ook deze (behoudens statutaire afwijking) een kwart van het eigen vermogen van de structuurrechtspersoon moet betreffen (art. 2:63j/164 lid 1 sub f BW). Het doen van een desinvestering van deze omvang valt niet onder de werking van het goedkeuringsrecht, zodat ook hier een *tekortkoming* in de regeling van het goedkeuringsrecht bestaat.

SER-FUSIEGEDRAGSREGELS

Hoofdstuk II van de SER-Fusiecode biedt aan vakorganisaties medezeggenschap in geval van fusie. Deze medezeggenschap bestaat uit informatie- en overlegrechten tussen het bestuur en de vakorganisaties.

Van fusie is sprake volgens de Fusiecode, indien zeggenschap wordt verkregen in de vermogensrechtelijke sfeer. Over zeggenschap in de zin van de Code beschikt men reeds, wanneer men een deelname heeft van 50% of meer van de aandelen. Gevolg van deze terminologie is, dat sommige transacties wél een fusie zijn in de zin van de Code, terwijl dat op grond van de WOR - waar het gaat om beslissende zeggenschap - niet het geval is, en vice versa. Aangezien een fusie in de zin van de Fusiecode zich in de vermogensrechtelijke sfeer dient te voltrekken, wordt geen rekening gehouden met statutaire of contractuele regelingen over de uitoefening van zeggenschapsrechten. Zo zal het aangaan van een bestuursovereenkomst geen fusie in de zin van de Code kunnen inhouden.

Overdracht van potentiële zeggenschap door verlening (of overdracht) van optie- en conversierechten kan een fusie in de zin van de Code zijn, indien hiermee op termijn eenzijdig zeggenschap kan worden verkregen.

Omdat sprake is van fusie in geval van zeggenschapsverkrijging vallen transacties die normaliter niet als fusie gekwalificeerd worden, maar wél een zeggenschapsverkrijging met zich meebrengen onder de werking van de Code. Gedacht kan daarbij worden aan beschermingsconstructies door middel van uitgifte van (preferente of prioriteits)aandelen, het uitschrijven van een in aandelen converteerbare obligatielening, sterfhuisconstructies en een management buy-out.

DUIITS RECHT

Het Duitse medezeggenschapsrecht wordt gekenmerkt door een onderscheid tussen uitoefening van medezeggenschapsrechten op bedrijfs- en ondernemingsniveau. De door de bedrijfsraad uit te oefenen medezeggenschapsrechten hebben voornamelijk betrekking op het bedrijfsniveau, terwijl op ondernemingsniveau medezeggenschap wordt uitgeoefend door middel van werknemersvertegenwoordigers die deel uitmaken van de raad van toezicht. Ook in Nederland kent men een dergelijk onderscheid: in de structuurregeling hebben werknemers door middel van het recht van coöptatie invloed op de samenstelling van de raad van commissarissen, en daarmee indirect op het beleid van de rechtspersoon, terwijl op bedrijfsniveau medezeggenschap wordt uitgeoefend door de ondernemingsraad. In het Nederlandse systeem is het onderscheid tussen medezeggenschap op beide niveau's in die zin vervaagd, dat de ondernemingsraad, met name bij financieel-economische besluiten, door middel van het adviesrecht ook invloed kan uitoefenen op het beleid van de ondernemer, de rechtspersoon en dus op ondernemingsniveau.

In Duitsland is het onderscheid strikter. De economische commissie heeft ten aanzien van bepaalde financieel-economische besluiten van de ondernemer weliswaar een medezeggenschapsrecht, maar dit recht houdt alleen in een informatierecht, een overlegrecht of het recht op een belangenafweging. Een krachtig recht als het adviesrecht (met het eraan verbonden beroepsrecht) op grond van artikel 25 WOR komt de bedrijfsraad bij dergelijke aangelegenheden niet toe.

De Duitse raad van commissarissen heeft, evenals de Nederlandse raad van commissarissen, een controlerende functie ten aanzien van het bestuursbeleid. In Nederland komt de raad van commissarissen van structuurvennootschappen een dwingendrechtelijk goedkeuringsrecht toe bij een aantal bestuursbesluiten. Het Duitse recht kent weliswaar een goedkeuringsrecht (*Zustimmung*), maar het hangt van de statuten af of er aangelegenheden aan toestemming van de raad onderworpen zijn. In de praktijk worden veelal bestuursbesluiten aan goedkeuring van de raad van commissarissen onderworpen.

AFSLUITENDE OPMERKINGEN

De WOR heeft sinds de ingrijpende wijziging van 1979 aanleiding gegeven tot een aantal interpretatieproblemen, die grotendeels voortvloeiden uit de in deze wet gehanteerde terminologie, die afwijkt van het begrippenkader uit het rechtspersonenrecht van boek 2 BW. Met name bij de uitoefening van

medezeggenschap bij financieel-economische besluiten deden zich deze verschillen in terminologie voelen; het adviesrecht van de ondernemingsraad bij een overdracht van aandelen in de ondernemer vormt hiervan een treffend voorbeeld. In 1982 vormde deze problematiek de voornaamste reden voor het Van der Heijden Instituut om een congres te organiseren onder de titel 'Ondernemingsraad en vennootschap'. Ik denk dat anno 1996 het merendeel van toen spelende vragen zich heeft opgelost. Zo zijn in de rechtspraak criteria ontwikkeld om te komen tot een 'toerekening van besluitvorming'. Ook worden de begrippen 'onderneming' en 'ondernemer' indien noodzakelijk in het kader van het adviesrecht aan elkaar gelijkgesteld. Daarnaast worden regelmatig tussen ondernemer en ondernemingsraad convenanten gesloten. Dergelijke convenanten en de naleving ervan worden in de rechtspraak erkend, en zullen in de toekomst in de WOR een wettelijke basis krijgen. Convenanten zijn voor de ondernemer en ondernemingsraad een middel om de medezeggenschap vorm te geven op een wijze die aansluit bij de ondernemersstructuur. Verwacht mag dan ook worden dat het convenant in de toekomst een steeds belangrijker rol zal spelen in de inrichting van de medezeggenschap.

Wanneer men ten slotte de medezeggenschapsrechten die werknemers(vertegenwoordigers) bij financieel-economische besluiten van de ondernemer toekomen, overziet, dan valt op dat er weinig grote lacunes in de wet- en regelgeving zijn. Dit is, zoals gezegd, goeddeels te verklaren door de inventieve wijze waarop in de rechtspraak de regels zijn geïnterpreteerd en toegepast, en door de ruimhartige wijze waarop convenanten door de rechter worden erkend. De belangrijkste tekortkoming acht ik het feit dat ondernemersbeslissingen inzake kredietverstrekking (door de ondernemer) en desinvesteringen buiten de werking van zowel de WOR als de structuurregeling vallen. Op het punt van de kredietverstrekking is gelukkig wijziging van de WOR te verwachten.

ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNISSE*

Ziel dieser Untersuchung ist die Analyse von Mitbestimmungsrechten, die Arbeitnehmern und deren Vertretungsorganen aufgrund der Gesetzgebung und aufgrund untergesetzlicher Vorschriften in den Niederlanden bei Unternehmerentscheidungen finanzieller oder wirtschaftlicher Art zustehen. Dabei wird untersucht, ob das System von Gesetzen und untergesetzlichen Vorschriften ausreichend ist und auf welche Weise eventuell zutage getretene Regelungslücken gefüllt werden können. Nach der Analyse des niederländischen Rechts werden dem deutschen Mitbestimmungsrecht bei Entscheidungen finanzieller oder wirtschaftlicher Art einige Betrachtungen gewidmet.

Im Folgenden gebe ich die wesentlichen Ergebnisse der Analyse anhand der drei wichtigsten Regelungen auf dem Gebiet des Mitbestimmungsrechts wider: *WOR*, *structuurregeling* und *SER-fusiegedragsregels*; dabei zeige ich auf, an welchen Stellen das Gesetzssystem unter Berücksichtigung der Auslegung und Anwendung der diversen Regelungen (große) Lücken aufweist. Anschließend erläutere ich die Ergebnisse der Betrachtungen über das deutsche Mitbestimmungsrecht bei unternehmerischen Entscheidungen finanzieller oder wirtschaftlicher Art, wobei die Unterschiede und Übereinstimmungen zwischen den beiden Rechtssystemen berücksichtigt werden. Dabei wird versucht, die Unterschiede der beiden Rechtssysteme mit der in Deutschland strenger gehandhabten Unterscheidung zwischen der Betriebs- und der Unternehmensebene zu erklären.

Das niederländische Mitbestimmungsrecht kennt als zentrale gesetzliche Regelung den *Wet op de ondernemingsraden* ('*WOR*' = Gesetz über die Unternehmensräte). Diese Untersuchung widmet sich dem *adviesrecht* (Beratungsrecht) des Unternehmensrates bei einer Reihe von Entscheidungen finanzieller oder wirtschaftlicher Art. Daneben gibt es für juristische Personen des Handelsrechts, die eine bestimmte Größe aufweisen, die sog. *structuurregeling*. Aufgrund dieser Regelung kann der Unternehmensrat auf die Zusammensetzung des *raad van commissarissen* (Aufsichtsrates) Einfluß nehmen. Dadurch, daß dem Aufsichtsrat bei einer Reihe von Entscheidungen finanzieller oder wirtschaftlicher Art bei einer unter die *structuurregeling* fallenden Gesellschaft Zustimmungsrechte zustehen, wird indirekt eine Mitbestimmung durch die Arbeitnehmer erreicht. Neben diesen beiden gesetzlichen Regelungen weist das niederländische Recht noch einen Verhal-

* Met dank aan R. Leithaus (Universität zu Köln) voor zijn vertaling van de samenvatting en conclusies.

tenscodex für Unternehmensübernahmen auf: die *SER-Fusiegedragsregels* (Anm.: der SER, der Sociaal-Economische Raad ist eine staatliche Einrichtung, die unter anderem die Aufgabe hat, Richtlinien im wirtschaftsrechtlichen Bereich zu erlassen.). Aufgrund dieser Regelung haben die Gewerkschaften Mitbestimmungsrechte im Falle einer Übernahme.

Gewerkschaften haben auch aufgrund des *enquêterechts* (Anm.: das Enquêterecht ist eine spezielle gesetzliche Regelung, die bestimmten betroffenen Personen das Recht gibt, eine gerichtliche Untersuchung bei einer juristischen Person zu beantragen) bestimmte Rechte. Die *Ondernemingskamer* (ein Spezialsenat des Gerichtshofes Amsterdam) hat in *enquête*-Sachen eine Reihe von Entscheidungen erlassen, die sich auf Angelegenheiten finanziellen oder wirtschaftlichen Charakters bezogen. Gegenstand dieser Rechtsstreitigkeiten waren insbesondere Umstrukturierungsmaßnahmen innerhalb eines Konzerns, die zur Folge hatten, daß Unternehmen (teilweise) geschlossen werden mußten sowie die Gewährung von Darlehen oder die Stellung von Sicherheiten im Konzernverband.

WET OP DE ONDERNEMINGSRADEN

Die Kernbestimmung der Mitbestimmung durch den Unternehmensrat bei Unternehmerentscheidungen finanzieller oder wirtschaftlicher Art ist Art. 25 WOR, das *adviesrecht* (Beratungsrecht). Dieses *adviesrecht* steht dem Unternehmensrat zu, wenn der Unternehmer vorhat, einen der im ersten Absatz von Art. 25 WOR aufgeführten Beschlüsse zu nehmen. Das *adviesrecht* wird unterstützt durch das Recht, bei der *Ondernemingskamer* beim Gerichtshof Amsterdam das in Art. 26 WOR geregelte *beroepsrecht* (Anfechtungsrecht) geltend zu machen. Der WOR führte zu einer Reihe von Auslegungsproblemen, wobei die Zurechnung von Beschlüssen das grundlegendste ist. Das Problem stellt sich folgendermaßen dar: Art. 25 WOR bestimmt, daß der Unternehmer (also die juristische Person, die das Unternehmen [als Organisationseinheit der Arbeitnehmer] leitet) den Unternehmensrat bei einer Reihe von geplanten Entscheidungen um Rat fragen muß. Es ist allerdings ohne weiteres vorstellbar, daß eine der in Art. 25 WOR aufgeführten Entscheidungen nicht durch den 'Unternehmer' selbst, sondern durch den (Mehrheits-) Aktionär oder die Muttergesellschaft getroffen wird. Um trotzdem zu einem *adviesrecht* des Unternehmensrates zu gelangen, kann die in Literatur und Rechtsprechung entwickelte Zurechnungskonstruktion einen Ausweg bieten. Es ist möglich, einen Beschluß des (Mehrheits-)Aktionärs oder der Muttergesellschaft dem Unternehmen zuzurechnen, mit der Folge, daß der WOR auf dieses Anwendung findet. Die Frage der Zurechnung soll sich nach den

konkreten Umständen des Einzelfalles richten. Daneben gibt es das Problem von geplanten Entscheidungen, die nicht in erster Linie Auswirkungen auf das Unternehmen, sondern auf den Unternehmer selbst haben. Dieses Problem löst man mit der Rechtsfigur der *gelijkstelling* (Gleichsetzung) von Unternehmer und Unternehmen.

Übertragung von Entscheidungsmacht (zeggenschap)

Von sehr großer Bedeutung bei der Mitbestimmung bei Unternehmerentscheidungen finanzieller oder wirtschaftlicher Art ist das *adviesrecht* des Unternehmensrates bei einem geplanten Beschluß zur 'Übertragung von Entscheidungsmacht über das Unternehmen oder eines Teiles eines Unternehmens' (Art. 25 Abs. 1 Ziff. a WOR). Die Übertragung von Entscheidungsmacht über ein Unternehmen kann bei einer Vielzahl finanziell oder wirtschaftlich erheblicher Beschlüsse stattfinden: Eine Übernahme durch den Erwerb von Mitgliedschaftsrechten (z.B. Aktien oder GmbH-Anteilen) und eine feindliche Übernahme (auf der Seite des Veräußerers), der Verkauf eines (Teiles eines) Unternehmens (etwa im Zusammenhang mit einer Betriebsübernahme), die Übertragung einer Konzerngesellschaft, eine *sterfhuisconstructie* ('Leichenhallenkonstruktion'; Anm.: bei einer solchen Konstruktion wird der 'gesunde' Kern eines überschuldeten Unternehmens unter einer neuen juristischen Person fortgeführt, während der 'kranke' Rest des Unternehmens und in Konkurs geht, also in einer 'Leichenhalle' zurückbleibt) und beim *management buy-out*. Eine Übertragung der Entscheidungsmacht kann auch stattfinden bei der *certificering van aandelen* (= Ausgabe von Aktienzertifikaten; Anm.: hierbei werden sämtliche Aktien einer juristischen Person in einer Verwaltungsstiftung untergebracht, welche anschließend entsprechende Zertifikate an die Anleger ausgibt). Die Ausgabe von Aktien (insbesondere bei der Ausgabe von Vorzugsaktien oder Prioritätsaktien [Anm.: Prioritätsaktien geben dem Erwerber ein besonders geartetes Stimmrecht]) kann auch eine Übertragung der Entscheidungsmacht zur Folge haben; dies kann auch der Fall sein, wenn Aktien zur Abwendung einer feindlichen Übernahme ausgegeben werden. Man spricht hierbei von einer *beschermingsconstructie* (Schutzkonstruktion).

Bei der Beantwortung der Frage, ob die Entscheidungsmacht über ein Unternehmen übertragen wird, spielen folgende Aspekte eine Rolle. Ausgangspunkt ist, daß bei der Übertragung von Aktien nicht die Entscheidungsmacht über das Unternehmen (die Organisationseinheit der Arbeitnehmer), sondern über die Gesellschaft (den Unternehmer) übertragen wird. In der Entscheidung im *PUEM-Fall* (Hof Amsterdam v. 27. Juli 1989, NJ 1990, 734) wurde jedoch bestimmt, daß die Übertragung von Entscheidungs-

macht über eine juristische Person auch die Übertragung von Entscheidungsmacht in dem mit der juristischen Person zusammenhängenden Unternehmen impliziert (*gelijkstelling*; Gleichsetzung). Ebenso entscheidet der *Hoge Raad* in der *Heuga*-Entscheidung (HR v. 26. Januar 1994, NJ 1994, 561).

Weiterhin ist unklar, was man unter der Entscheidungsmacht verstehen muß. Aus dem *PUEM*-Fall kann man ableiten, daß die Übertragung eines Mehrheitspaketes einer Gesellschaft auf eine andere auch die Übertragung der Entscheidungsmacht beinhaltet. Daneben sind eine Reihe von Varianten denkbar. Eine Übertragung von Aktien ist meiner Ansicht nach dann als Übertragung der Entscheidungsmacht anzusehen, wenn der Veräußerer ein Paket überträgt, welches mehr als die Hälfte der Stimmrechte vertritt. Auch in dem Falle, daß ein (Groß-)Aktionär sein Mehrheitspaket nach und nach an den Erwerber überträgt, möchte ich unter Umständen von einer solchen Übertragung sprechen. Auch ist nach meiner Ansicht in solchen Fällen von einer Übertragung zu sprechen, in denen verschiedene Veräußerer in Abstimmung untereinander die Mehrheit der Stimmrechte an einen Dritten übertragen, da in einem solchen Fall gemeinsam die Entscheidungsmacht in der Gesellschaft übertragen wird. Rechte, die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben (*statutaire rechten*) können bei der Frage, ob die Entscheidungsmacht in einer Gesellschaft übertragen wird, ebenfalls eine Rolle spielen. Solche *statutaire rechten* sind zum Beispiel das Recht, Vorstandsmitglieder zu benennen oder abzuwählen, oder ein Zustimmungsrecht in Bezug auf die Benennung von Vorstandsmitgliedern. Auch in der *PUEM*-Entscheidung waren *statutaire rechten* offensichtlich bei der Frage, ob die erforderliche Entscheidungsmacht übertragen wurde, mit von Bedeutung.

Schließlich sind Transaktionen denkbar, bei denen eine Übertragung der Entscheidungsmacht erst zu einem späteren Zeitpunkt wirksam wird. Dabei ist an die Ausgabe von *converteerbare obligaties* (Wandelschuldverschreibungen) oder die Ausgabe von Aktienoptionen zu denken. In solchen Fällen wird die potentielle Entscheidungsmacht übertragen. Unter bestimmten Umständen ist meiner Ansicht nach auch die Übertragung von potentieller Entscheidungsmacht als Übertragung von Entscheidungsmacht zu qualifizieren.

Auch im Falle der *bedrijfsfusie* (Unternehmenskauf) oder der *juridische fusie* (Umwandlung bzw. Verschmelzung) liegt eine Übertragung der Entscheidungsmacht über das Unternehmen vor.

Übrigens ist auch ein Beschluß über die geplante Begründung von Entscheidungsmacht über ein anderes Unternehmen der Beratungspflicht unterworfen. Von der Begründung der Entscheidungsmacht kann man beim Erwerb von Aktien im Falle einer Fusion durch Übernahme der Aktien und

bei der Ausgabe von Vorzugsaktien zur Vorbeugung feindlicher Übernahmen sprechen. Die Entscheidungsmacht über ein Unternehmen kann außerdem durch eine *bedrijfsfusie* (Art. 25 Abs. 1 Ziff. b WOR) oder durch eine *juridische fusie* begründet werden.

Dauerhafte Zusammenarbeit

Der WOR schreibt ein *adviesrecht* des Unternehmensrates bei geplanten Entscheidungen vor, die, kurz gesagt, die Begründung oder die Unterbrechung einer dauerhaften Zusammenarbeit mit einem anderen Unternehmen zum Inhalt haben (Art. 25 Abs. 1 Ziff. b WOR). Die Begründung oder Unterbrechung einer dauerhaften Zusammenarbeit findet etwa im Rahmen eines *joint-venture* mit einer anderen juristischen Person statt. Hier muß auch wieder die Rechtsfigur der Gleichsetzung gehandhabt werden, da streng genommen eine dauerhafte Zusammenarbeit mit einem anderen Unternehmer vorliegt.

Schließung und Verkleinerung des Unternehmens

Der Unternehmensrat hat ein *adviesrecht*, wenn die Tätigkeiten eines Unternehmens(teiles) eingestellt werden. Dies ist der Fall, wenn das Unternehmen (die Betriebseinrichtung) geschlossen wird. Die Schließung eines Unternehmens kann die Folge der Auflösung der Gesellschaft sein (zum Beispiel als Folge eines Konkurses) oder im Zusammenhang mit einer Umstrukturierung stehen. Der *Ondernemingskamer* des Gerichtshofes von Amsterdam wurden eine Reihe von Umstrukturierungsfällen, insbesondere im Konzernverband, vorgelegt. Daraus kann der Schluß gezogen werden, daß die Konzernstrategie eine wichtige Rolle spielt, daß aber daneben die bei der Beschlußfassung berührten Belange abgewogen werden müssen. Der Auflösungsbeschluß einer juristischen Person oder der Beschluß, eine *surséance van betaling* (Zahlungsmoratorium) oder den Konkurs zu beantragen, sind nach der genannten Bestimmung nicht von der Beratungspflicht umfaßt, da die Schließung des Unternehmens nicht in jedem Fall die direkte Folge hiervon sein muß.

Finanzierung und Investitionen

Der Unternehmensrat hat ein *adviesrecht* bei Abschluß eines (wichtigen) Darlehensvertrages oder bei (wichtigen) Investitionen. Der Begriff 'wichtig' in diesem Zusammenhang wurde von der Rechtsprechung näher konkretisiert. Wenn der Unternehmer zur Deckung seines Finanzierungsbedarfes ein Darlehen eingeht, wird die Entscheidung hierüber abhängig von der Höhe des Kredites und den Voraussetzungen unter denen der Kredit gewährt wird der Beratungspflicht durch den Unternehmensrat unterzogen (Art. 25 Abs.

1 Ziff. i WOR). Eine geplante Investition ist von der Beratungspflicht des Unternehmensrates umfaßt, wenn die Höhe des für die Investition benötigten Betrages so beträchtlich ist, daß die Investition als wichtig qualifiziert werden kann.

Ich erachte es als eine Gesetzeslücke, daß dem Unternehmensrat nach Art. 25 WOR kein *adviesrecht* zusteht, wenn der Unternehmer Dritten einen Kredit gewährt (dies führt gerade bei der Konzernfinanzierung zu Unstimmigkeiten) oder wenn der Unternehmer Investitionen zurücknimmt und dies nicht unter eine der übrigen Beratungspflichten des Art. 25 WOR subsumiert werden kann. Eine Änderung des WOR bezüglich der Kreditgewährung ist in Zukunft noch zu erwarten. Dies kann aus dem diesbezüglichen Standpunkt der Regierung gefolgert werden.

Information über finanzielle Vorgänge

Zu einer zielgerichteten Ausübung der Mitbestimmung bei finanziell oder wirtschaftlich bedeutsamen Entscheidungen ist es für den Unternehmensrat von essentieller Bedeutung, über ausreichende Informationen über finanzielle Vorgänge zu verfügen. Art. 31a WOR bestimmt, daß dem Unternehmensrat die erforderlichen Informationen zugänglich gemacht werden. Informationen entnimmt der Unternehmensrat auch der Jahresbilanz, die ihm vorgelegt und die mit ihm besprochen wird. Nach Art. 31a Abs. 1 und 6 WOR kann die Information über finanzielle Vorgänge auch mündlich an den Unternehmensrat weitergegeben werden. Ich bin allerdings der Ansicht, daß sich Informationen über finanzielle oder wirtschaftliche Tatsachen ihrer Art nach besser für eine schriftliche Verbreitung eignen.

Convenanten (Mitbestimmungsvereinbarungen)

Der WOR gibt dem Unternehmer in Art. 32 Abs. 2 die Möglichkeit, dem Unternehmensrat weitergehende Befugnisse zuzubilligen. Auf diese Weise kann auch die Einflußnahme bei Entscheidungen finanzieller oder wirtschaftlicher Art ausgedehnt werden. Eine nähere Umschreibung der gesetzlich normierten Mitbestimmungsrechte oder eine Ausdehnung dieser Rechte können Unternehmensrat und Unternehmer in einem sogenannten *medezeggenschapsconvenant* (Mitbestimmungsvereinbarung) festlegen. Es hat sich herausgestellt, daß von der Möglichkeit, einen *medezeggenschapsconvenant* abzuschließen, in der Praxis sehr weitgehend Gebrauch gemacht wird. Seit der Entscheidung des *Hoge Raad* in der Sache *Smit Vlootbeheer* (HR v. 17 März 1993, NJ 1993, 366) können der (zentrale) Unternehmensrat und der Unternehmer die Beachtung des *convenant* gerichtlich erzwingen. Die Regierung plant, in das WOR die Berechtigung zum Abschluß eines *conve-*

nant aufzunehmen. In der Praxis werden *convenanten* über eine Vielzahl von Gegenständen abgeschlossen. Diese Vereinbarungen beziehen sich in erster Linie auf die Interpretierung und die Konkretisierung der im *WOR* festgelegten Mitbestimmungsrechte, jedoch enthalten sie (zumeist) auch eine Ausdehnung der Befugnisse des Unternehmensrates.

STRUCTUURREGELING

Im Geltungsbereich der *structuurregeling* (Regelungen für 'große' juristische Personen) hat der Aufsichtsrat bei einer Reihe von durch den Vorstand zu treffenden Entscheidungen finanzieller oder wirtschaftlicher Art ein Zustimmungsrecht. Gleiches gilt für Vorlagen des Vorstandes, die eine durch die Hauptversammlung zu treffende Entscheidung finanzieller oder wirtschaftlicher Art vorbereiten. Daneben ist eine Vorlage des Vorstandes für eine Statutenänderung von der Zustimmung des Aufsichtsrates abhängig.

Dauerhafte Zusammenarbeit

Wenn durch den Vorstand einer unter die *structuurregeling* fallenden Gesellschaft eine Entscheidung bezüglich der Begründung oder der Aufhebung der dauerhaften Zusammenarbeit mit einer anderen juristischen Person getroffen wird, ist diese Entscheidung von der Zustimmung des Aufsichtsrates abhängig (Art. 63j Abs. 1 Ziff. d/Art. 164 Abs. 1 Ziff. d Buch 2 *Burgerlijk Wetboek* [BW; das niederländische Bürgerliche Gesetzbuch]). Diese Bestimmung kann Anwendung finden im Falle einer Übernahme oder der Eingehung eines *joint venture* mit einer anderen juristischen Person sowie bei einer *sterfhuisconstructie*. Bei einem Unternehmenskauf braucht als Folge der Übertragung des Unternehmens nicht nötigerweise eine dauerhafte Zusammenarbeit mit der juristischen Person zu entstehen. Daher unterliegt lange nicht jeder Unternehmenskaufvertrag dem Zustimmungserfordernis durch den Aufsichtsrat.

Beteiligung

Wenn eine unter die *structuurregeling* fallende Gesellschaft eine Beteiligung von beträchtlichem Umfang (wenigstens einem Viertel des Eigenkapitals der Gesellschaft entsprechend [im Gesellschaftsvertrag findet sich regelmäßig ein kleinerer Prozentsatz]) erwirbt, ist die Entscheidung hierzu der Zustimmung des Aufsichtsrates unterworfen (Art. 25 Abs. 1 Ziff. e *WOR*). Dies kann der Fall sein bei einer Übernahme durch den Erwerb der Aktien (auf der Seite des Übernehmenden) oder im Falle einer *sterfhuisconstructie*.

Zahlungsmoratorium; Konkurs

Nach Art. 63j Abs. 1 Ziff. i/Art. 164 Abs. 1 Ziff. i Buch 2 BW ist die Zustimmung des Aufsichtsrates erforderlich, wenn der Vorstand einer unter die *structurregeling* fallenden Gesellschaft ein Zahlungsmoratorium oder den Konkurs beantragt. Ein Zustimmungsrecht besteht auch, wenn der Vorstand der Hauptversammlung einen Beschluß zur Auflösung der Gesellschaft vorlegen möchte (Art. 63j Abs. 1 Ziff. h/Art. 164 Abs. 1 Ziff. h Buch 2 BW).

Aktien und Aktienzertifikate

Dem Aufsichtsrat steht bei einem Vorstandsbeschluß bezüglich der Ausgabe von Aktien ein Zustimmungsrecht zu. Die Ausgabe von Aktien ist natürlich das wichtigste Mittel für die Gesellschaft um Eigenkapital zu erwerben, sie kann aber auch zur Durchführung einer Übernahme im Wege des Aktien-tausches erfolgen oder als eine Möglichkeit zur Abwehr einer feindlichen Übernahme. Im letzteren Fall werden oftmals Vorzugsaktien oder Prioritätsaktien ausgegeben. Durch die Gesellschaft können auch Papiere ausgegeben werden, die nicht als Aktien zu qualifizieren sind, die aber trotzdem Eigenkapital darstellen; man denke hierbei an Partizipationsscheine. Man kann sich auf den Standpunkt stellen, daß Beschlüsse zur Ausgabe solcher Papiere, die ebenfalls als Eigenkapital qualifiziert werden, der Zustimmung des Aufsichtsrates nach Art. 164 Abs. 1 Ziff. a Buch 2 BW unterworfen sind. Eigenartig ist, daß bei der NV (*naamloze vennootschap* = die niederländische Aktiengesellschaft) und der BV (*besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid* = die niederländische GmbH) Entscheidungen bezüglich des Erwerbs von Eigenkapital durch die Emission von Aktien einer Zustimmungspflicht unterliegen, während bei der *coöperatie* (Genossenschaft) und der *onderlinge waarborgmaatschappij* (Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit) eine Art. 63j Buch 2 BW entsprechende Vorschrift fehlt.

Wenn der Vorstand einer Gesellschaft, die unter die *structurregeling* fällt, an einer Zertifizierung von Aktien mitwirkt, ist der Beschluß hierzu von der Zustimmung nach Art. 164 Abs. b Buch 2 BW abhängig. Auch die Zertifizierung von Aktien wird regelmäßig als Konstruktion zur Abwehr feindlicher Übernahmen einsetzt.

Auch Vorstandsbeschlüsse, die sich auf die Börsennotierung von Aktien oder Aktienzertifikaten beziehen, unterliegen der Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates (Art. 164 Abs. 1 Ziff. c Buch 2 BW).

Schuldbriefe

Nicht näher bestimmt ist, welche Wertpapiere als Schuldbriefe qualifiziert werden können. In jedem Fall fallen (Wandel-)Schuldverschreibungen hierunter. Auch sog. *commercial papers* und *Medium Term Notes* sind dazuzurechnen. Ein Dispositionskredit bei der Bank, ein (nachrangiger) Geldkredit oder (bei der Genossenschaft) ein Mitgliederkonto sind nicht als Schuldbriefe zu qualifizieren, sodaß hierbei für Vorstandsbeschlüsse über den Erwerb von Vermögen keine Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates besteht. Beachtenswert ist, daß Art. 164 Abs. 1 Buch 2 BW keine Zustimmungspflicht für das bloße Aufnehmen eines Darlehens enthält. Meines Erachtens weist die Vorschrift insoweit eine Gesetzeslücke auf.

Auch bei Beschlüssen des Vorstandes, die die Gewährung eines (wichtigen) Kredites an eine andere (juristische) Person zum Inhalt hat, ist keine Zustimmung durch den Aufsichtsrat erforderlich.

Investitionen

Ebenso wie beim *WOR* sind auch bei der *structurregelung* Vorstandsbeschlüsse, die sich mit Investitionen befassen, der Mitbestimmung unterworfen. Die Investition muß hierfür einen erheblichen Umfang aufweisen; auch sie muß (vorbehaltlich von Abweichungen im Gesellschaftsvertrag) ein Viertel des Eigenkapitals der Gesellschaft ausmachen (Art. 63j Abs. 1 Ziff. f/Art. 164 Abs. 1 Ziff. f Buch 2). Die Aufhebung einer Investition dieses Umfangs fällt nicht unter das Zustimmungsrecht, sodaß auch hier ein Zukurzschießen der Regelung des Zustimmungsrechts zu konstatieren ist.

SER-FUSIEGEDRAGSREGELS

Abschnitt II des *SER-Fusiegedragscodes* gibt den Gewerkschaften eine Mitbestimmung im Falle der Übernahme. Die Mitbestimmung besteht hierbei aus Informations- und Mitberatungsrechten zwischen Vorstand und Gewerkschaften. Eine Übernahme im Sinne des *Fusiecodes* liegt vor, wenn die Entscheidungsmacht in der vermögensrechtlichen Sphäre erlangt wird. Entscheidungsmacht im Sinne des *Codes* hat man bereits bei einem Anteil von 50% und mehr des Aktienkapitals. Die Folge hiervon ist, daß bestimmte Transaktionen im Sinne des *Codes* eine Übernahme darstellen können, während dies aufgrund des *WOR* - welcher ja auf die tatsächliche Entscheidungsmacht abstellt - nicht der Fall ist und vice versa. Angesichts der Tatsache, daß sich eine Übernahme im Sinne des *Fusiecodes* in der vermögensrechtlichen Sphäre vollziehen muß, werden Regelungen in den Statuten oder vertragliche Vereinbarungen, die sich mit der Ausübung von

Entscheidungsmacht befassen, außer Acht gelassen. Daher kann beispielsweise ein Vertrag, der die Aufgaben des Vorstandes auf eine andere Person überträgt (*bestuursovereenkomst*) keine Übernahme im Sinne des *Codes* darstellen.

Die Übertragung von potentieller Entscheidungsmacht durch Veräußerung (oder Übertragung) von Options- und Wandelrechten kann eine Übernahme im Sinne des *Codes* sein, wenn hierdurch in der Zukunft eine einseitige Entscheidungsmacht erworben werden kann.

Da beim Erwerb von Entscheidungsmacht eine Übernahme vorliegt, fallen Transaktionen, die normaliter nicht als Übernahme qualifiziert werden, die aber wohl einen Erwerb von Entscheidungsmacht zum Inhalt haben, unter die Regelung des *Codes*. Hierbei ist zu denken an Schutzkonstruktionen zur Abwehr feindlicher Übernahmen durch die Ausgabe von Vorzugsaktien oder Prioritätsaktien, die Emission einer Wandelschuldverschreibungsanleihe, *sterfhuisconstructies* sowie *management buy-out*.

DEUTSCHES RECHT

Das deutsche Mitbestimmungsrecht zeichnet sich durch eine Zweiteilung der Ausübung von Mitbestimmungsrechten auf Betriebs- und auf Unternehmensebene aus. Die vom Betriebsrat auszuübenden Mitbestimmungsrechte beziehen sich in erster Linie auf die Betriebsebene, während auf Unternehmensebene die Mitbestimmung durch die dem Aufsichtsrat angehörenden Gewerkschaftsmitglieder ausgeübt wird. Auch in den Niederlanden kennt man eine solche Unterteilung: in der *structuurregeling* haben Arbeitnehmer im Wege der Kooptation Einfluß auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrates und damit indirekt auf die Führung der juristischen Person. Auf der Betriebsebene wird die Mitbestimmung durch den Unternehmensrat ausgeübt. In den Niederlanden wird bei der Mitbestimmung der Unterschied zwischen den beiden Ebenen weniger scharf gehandhabt. Der Unternehmensrat kann insbesondere bei Entscheidungen finanzieller oder wirtschaftlicher Art durch die Wahrnehmung des *adviesrechts* auf die Geschäftsführung durch den Unternehmer, auf die juristische Person und somit auf die Unternehmensebene Einfluß nehmen.

In Deutschland wird die Trennung genauer durchgehalten. Die Einigungsstelle hat bezüglich bestimmter Unternehmerentscheidungen finanzieller oder wirtschaftlicher Art zwar ein Mitbestimmungsrecht. Jedoch beinhaltet dieses Recht lediglich ein Informationsrecht, ein Beratungsrecht sowie das Recht, einen Interessenausgleich herbeizuführen. Ein starkes Recht, wie das *advies-*

recht (mit dem damit verbundenen Anfechtungsrecht) nach Art. 25 WOR, steht dem Betriebsrat bei solcherlei Angelegenheiten nicht zu.

Der deutsche Aufsichtsrat hat, ebenso wie der niederländische, die Funktion, die Geschäftsführung zu kontrollieren. Im niederländischen Recht kommt dem Aufsichtsrat von Gesellschaften, die unter die *structuurregeling* fallen, bei einer Reihe von Entscheidungen des Vorstandes eine zwingend-rechtliche Zustimmungspflicht zu. Das deutsche Recht kennt zwar ebenso ein Zustimmungsrecht des Aufsichtsrates, es hängt jedoch von dem Gesellschaftsvertrag ab, ob und welche Geschäfte der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen. In der Praxis werden allerdings eine Reihe von Geschäften der Zustimmung durch den Aufsichtsrat unterworfen.

ABSCHLIESSENDE BEMERKUNGEN

Der WOR hat seit der eingreifenden Änderung im Jahre 1979 Anlaß zu zahlreichen Auslegungsschwierigkeiten gegeben. Diese folgen größtenteils aus der in diesem Gesetz gehandhabten Terminologie, die von der des Gesellschaftsrechts des 2. Buchs des *Burgerlijk Wetboek* abweicht. Insbesondere bei der Ausübung von Mitbestimmungsrechten bei Entscheidungen finanzieller oder wirtschaftlicher Art wurden diese Unterschiede in der Terminologie fühlbar; das *adviesrecht* des Unternehmensrates bei der Übertragung von Aktien des Unternehmers ist in diesem Zusammenhang ein treffendes Beispiel. 1982 war diese Problematik der wesentliche Grund für das Van der Heijden Institut, einen Kongress unter dem Titel 'Unternehmensrat und Gesellschaftsrecht' zu organisieren. Ich denke, daß anno 1996 ein Großteil der sich damals offenbarten Fragen aufgelöst hat. So wurden in der Rechtsprechung Kriterien entwickelt, die die 'Zurechnung der Entscheidungsformung' möglich machen. Auch werden die Begriffe 'Unternehmen' und 'Unternehmer' - wenn es im Zusammenhang mit dem *adviesrecht* erforderlich ist - gleichgesetzt. Daneben werden regelmäßig *convenanten* zwischen Unternehmer und Unternehmensrat abgeschlossen. Solche *convenanten* und die Beachtung derselben wird von der Rechtsprechung anerkannt. Auch sollen diese in Zukunft eine gesetzliche Grundlage bekommen. *Convenanten* sind für Unternehmen und Unternehmensrat ein Mittel um der Mitbestimmung eine an die jeweilige Unternehmensstruktur angepaßte Form zu geben. Es ist zu erwarten, daß der *covenant* in der Zukunft eine immer wichtigere Rolle bei der Ausformung der Mitbestimmung spielen wird.

Abschließend ist zu bemerken, daß - betrachtet man die den Arbeitnehmer(vertretern) zukommenden Mitbestimmungsrechte bei Entscheidungen finanzieller oder wirtschaftlicher Art - auffällt, daß die Gesetzgebung nur wenige große Lücken aufweist. Dies ist, wie bereits gesagt, im wesentlichen durch die einfallsreiche Art, auf die die Rechtsprechung die Regelungen auslegt und anwendet, zu erklären sowie durch die großzügige Anerkennung von Mitbestimmungsvereinbarungen durch die Rechtsprechung. Das wichtigste Versäumnis sehe ich in der Tatsache, daß Unternehmerentscheidungen bezüglich der Gewährung von Darlehen (durch den Unternehmer) an Dritte und die Rückgängigmachung von Investitionen aus dem Regelungsbereich sowohl des WOR als auch der *structuurregelung* fallen. Auf dem Gebiet der Gewährung von Darlehen ist glücklicherweise eine Änderung des *WOR* zu erwarten.

LIJST VAN GERAADPLEEGDE LITERATUUR*

- Abeltshauser, Th.E., Strukturalternativen für eine europäische Unternehmensverfassung [Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum 5. gesellschaftsrechtlichen EG-Richtlinienvorschlag], Berlin 1990
- Acht, R.J.J. van, Het milieuconvenant, Status en rechtsgevolgen van een omstreden instrument, RM Themis 1991, blz. 315-334
- Achterberg, M.P. van, Financiële kruisverbanden, doeloverschrijding en concrete instructies in concernverhoudingen: een beschouwing naar aanleiding van de uitspraak inzake Amstelland Concernbeheer, NV 66 (1988), blz. 137-142
- Aken, T. van, Sociologie van de medezeggenschap, 's-Gravenhage 1977
- Albada, W., en Dercksen, W., Arbeidsverhoudingen in Nederland, Alphen aan den Rijn 1989
- Annink, R.A.P., Verzelfstandiging, Assen/Maastricht 1990
- Arbeitskreis Umwandlungsrecht, Vorschläge zum Referentenentwurf eines Umwandlungsgesetzes, ZGR 1993/3
- Ardenne-Stachiw, E.M. van, Medium Term Notes, TVVS 1991, blz. 118-123
- Arendsen de Wolff, G.J.W., Over de informatieplicht van de onderneming, Deventer 1976
- Asser-Maeijer III, C. Assers's handleiding tot de beoefening van het Nederlands recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, deel III, De naamloze en de besloten vennootschap, eerste druk, bewerkt door J.M.M. Maeijer, Zwolle 1994 (**Asser-Maeijer 2 III**)
- Assmann, H.D., Verhaltensregeln für freiwillige öffentliche Übernahmeangebote, AG 1995, blz. 563-575
- ATIM, Onderzoek naar afspraken tussen ondernemingsraad en bestuurder (Adviesburo ATIM [Advies Training en Informatie rond Medezeggenschap]-Utrecht 1986)
- Auffarth, F., Zur Bedeutung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972 für eine paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene, RdA 1976, blz. 2-5
- Bachner, M., Die Rechtsetzungsmacht der Betriebsparteien durch Konzernbetriebsvereinbarung, NZA 1995, blz. 256-260
- Bak, G.G.M., Boukema, C.A., en Grosheide, D.W.O.A., Rechtspraak jaarrekeningrecht, TVVS 1987, blz. 230-233
- Ballegooijen, C.W.M. van, Fiscale aspecten van werknemers aandelen, NV 72 (1994), blz. 163-169

* Indien literatuur verkort is aangehaald, is deze in de onderhavige literatuurlijst in vette letter weergegeven.

- Ballegooijen, C.W.M. van, Alphen, N.C. van, en Regtering, H. (red.), *Handboek Financiële Participatie door werknemers*, Deventer 1996
- Barsdorf, U., *Anfang der Ende?*, WSI-Mitteilungen 1984, blz. 181-195
- Bartel, C.K.W., *Aandelen- en bedrijfsfusies*, NV 68 (1990), blz. 29-35
- Bartman, S.M., *Concernbeleid en aansprakelijkheid*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 6, Deventer 1989
- Bartman, S.M., en Dorresteyn, A.F.M., *Van het concern*, 2e druk, Arnhem 1994
- Bartodziej, P., *Reform des Umwandlungsrechts und Mitbestimmung*, ZIP 1994, blz. 580-585
- Bauer, J.H., *EU-Richtlinienvorschlag zum Betriebsübergang*, DB 1994, blz. 1982
- Bauer, J.H., *Das neue Umwandlungsgesetz und seine arbeitsrechtlichen Auswirkungen*, NZA 1994, blz. 1057-1064
- Baums, Th., *Der Aufsichtsrat - Aufgaben und Reformfragen*, ZIP 1995, blz. 11-18
- Baums, Th., en Fraune, Ch., *Institutionelle Anleger und Publikumsgesellschaft: Eine empirische Untersuchung*, AG 1995, blz. 97-112
- Baums, Th., en Randow, Ph. von, *Der Markt für Stimmrechtsvertreter*, AG 1995, blz. 145-163
- Baums, Th., *Vollmachtstimmrecht der Banken - Ja oder Nein?*, AG 1996, blz. 11-26
- Bea, F.X., *Die Kontrollfunktion des Aufsichtsrats*, DB 1994, blz. 2145-2152
- Becking, R., *Beschouwingen over participatie in het vermogen van de coöperatie*, TVVS 1989, blz. 265-269
- Beckman, H., en Joosen, A.W.A., *Leasing van roerend en onroerend goed*, tweede druk, Leiden/Antwerpen 1989
- Beckman, H., *Dient artikel 2:403 BW (groepsregime) in huidige vorm te worden geschrapt?*, in: *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 24, Deventer 1995, blz. 73-107
- Beckman, H., *Dejaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 25, Deventer 1995
- Beckman, H., *Wetsvoorstel jaarrekening van commerciële verenigingen en stichtingen*, TVVS 1995, blz. 317-322
- Behrens, P., *Die Europäisierung des Gesellschaftsrechts*, GmbHR 1993, blz. 129-136
- Behrens, W., en Schaudé, R., *Das Quorum für die Errichtung von Konzernbetriebsräte in § 54 Abs. 1 Satz 2 BetrVG*, DB 1991, blz. 278-280
- Behrens, W., *Der beauftragte Gesamtbetriebsrat*, DB 1994, blz. 94-96
- Berg, G. van den, *De medezeggenschap der arbeiders in de particuliere onderneming*, Amsterdam 1924
- Berkenbosch, D.J., en Postma, G.J.S., *Fusies*, Deventer 1989
- Bijl Nachenius, H.J. de, *Wet op de Ondernemingsraden*, in: *Rechtspersonen (losbladig)*, Deventer

- Bijl Nachenius, H.J. de, De ondernemingsraad en de Europese ondernemingsraad, NV 72 (1994), blz. 263-266
- Blanco Fernández, J.M., en Schwarz, C.A., Enkele opmerkingen over het participatiebewijs, WPNR 6045 (1992), blz. 287-293
- Blanco Fernández, J.M., De raad van commissarissen bij nv en bv, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 19, Deventer 1993
- Blank, M., Perspektiven der Mitbestimmung in der EG, ArbuR 1993, blz. 229-235
- Blanpain, R., Representation of Employees at the level of the Enterprise and the EEC, RdA 1992, blz. 127-133
- Bloemarts, J., Concernverhoudingen, Concernfinancieringen werknemerszeggenschap, in: Financiële kruisverbanden en andere vormen van concernfinanciering, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 28, Deventer 1987, blz. 103-114
- Bloemarts, J.C.M.G., Onvriendelijke overnemingen; de positie van vakbeweging en ondernemingsraad, NV 66 (1988), blz. 54-60
- Bloemarts, J., De positie van werknemers en hun vertegenwoordigers bij faillissement en surséance van betaling, SR 1988, blz. 180-187
- Bloemarts, J.C.M.G., Voor versterking van het gezag van de raad van commissarissen, in: Naar een nieuwe machtsdeling in de Nederlandse vennootschap, Deventer 1994, blz. 27-32
- Bloembergen, E., De raad van commissarissen, Alphen aan den Rijn/Utrecht 1974
- Bobke-von Camen, M.H., Novellierung des Betriebsverfassungsrechts, WSI-Mitteilungen 1989, blz. 16-24
- Boer, Th.M. de, Vergelijkenderwijs: de inspiratie van buitenlands recht, WPNR 6033 (1992), blz. 39-48
- Boogert, M.W. den, Beursovername en beschermingsconstructies, in: Aandelen, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Deventer 1988, blz. 37-56
- Boogert, M.W. den, Partieel bod en tenderbod in SER-fusiegedragsregels, NV 69 (1991), blz. 231-235
- Boogert, M.W. den, Aandeelhouderscontracten en joint venture-BV's, in: Ondernemingsrechtelijke contracten, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 14, Deventer 1991, blz. 71-79
- Boot, A.W.A., Naar een dynamischer structuurregime, NV 93 (1995), blz. 280-284
- Bos, E., Nieuwe Europese rechtspersonen en de fiscaliteit, S&V 1992, blz. 168-170
- Bösch, R., en Grimber, H., Die Erläuterung des Jahresabschlusses nach § 108 Abs. 5 BetrVG, Die Mitbestimmung 1987, blz. 419-420
- Bosse, W., Functioneert de sub-holding als schild tegen de invloed van Nederlandse werknemers? TVVS 1984, 189-195
- Bosse, W., 1% regelingen, TVVS 1991, blz. 141-146

- Boukema, C.A., Geschillenregeling en het recht van enquête, in: Rechtspersonen (losbladig), Deventer
- Boukema, C.A., SER-Besluit Fusiegedragsregels, in: Rechtspersonen, losbladige uitgave, Deventer
- Boukema, C.A., en Dorresteyn, A.F.M., Regelgeving inzake informatie omtrent ondernemingen, in: Organisaties in het web van hun omgeving, Lelystad 1989, blz. 26-39
- Boukema, C.A., Civielrechtelijke gevolgen van de SER-Fusiecode, in: Qui bene distinguit bene docet (Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan S. Gerbrandy), Arnhem 1991, blz. 39-49
- Boukema, C.A., Samenloop, Deventer 1992
- Boukema, C.A., Inschakeling van vakorganisaties en ondernemingsraad bij fusies, in: J.J. Duijn, Kat, H.M., en Langendijk, H.P.A.J. (red.), Fusies en overnames, Schoonhoven 1992, blz. 181-193
- Boukema, C.A., en Dorresteyn, A.F.M., Het enquêterecht in ontwikkeling, TVVS 1994, blz. 169-174
- Bouwes, M.Tj., De 13e EG-richtlijn: het openbaar bod op aandelen, Amsterdam 1991
- Bouwes, M.Tj., De voortgang van de harmonisatie van het vennootschapsrecht, in: Grensoverschrijdend privaatrecht, Deventer 1993, blz. 27-35
- Breken, K., Leasing, hoofdstuk 5 van: Financiering van de onderneming, Vademecum ondernemingsrecht, Deventer 1995
- Brink, M., De Structuurwet: Don't fix it, if it isn't broken, TVVS 1993, blz. 257-260
- Brink, M., De discussie over de structuurwet anders bezien, NV 72 (1994), blz. 240-246
- Brittan, L., Acquisitions and mergers in the European Communities, NV 67 (1989), blz. 247-250
- Broos, R., Participatie in het aandelenkapitaal door werknemers, in: M.P.B. Bonnet/J. Bruining/A.C.C. Herfst, Handboek Management Buy-Out, Deventer 1991, blz. 261-265
- Bruining, J. en Jong, A.C. de, De management buy-out in Nederland: Een overzicht, in: M.P.B. Bonnet/J. Bruining/A.C.C. Herfst, Handboek Management Buy Out, Deventer 1991, blz. 35-53
- Buijs, D.C., Stemrechtloze aandelen. In: Knelpunten in de vennootschapswetgeving, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 24, Deventer 1995, blz. 53-61
- Buijs, D.C., Herziening van de Fusiecode, TVVS 1995, blz. 126-127
- Buijs, D.C., Commissie Betwiste Overnames: wel een compromis maar geen oplossing. Fopspeen of dobbelsteen? TVVS 1995, blz. 301-303
- Burg, J.G.J. van der, Ziekenbed in plaats van sterfhuis, De Accountant 1993, blz. 740-744

- Buskermolen, P.J.M., 'Leveraged Buy-outs': welvaartscheppend of welvaart-transformerend? NV 69 (1991), blz. 42-48
- Campen, J.Ph.M. van, Onderneming en rechtsvorm, Nijmegen/Utrecht 1945
- Commissie Verdam, Herziening van het ondernemingsrecht, 's-Gravenhage 1967 (**Rapport Commissie Verdam**)
- Cremers, J.H.F.J., Prioriteits aandelen, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 5, Deventer 1971
- Crombrugghe, D. de, La future réglementation communautaire sur le statut de l'association, de la coopérative et de la mutualité européennes, Revue du Marché Unique Européen 1993, blz. 127-150
- Däubler, W., Das Arbeitsrecht im neuen Umwandlungsgesetz, RdA 1995, blz. 136-147
- Die, B.C. de, Vennootschapsrecht als ondernemingsrecht, SEW 1970, blz. 487-497
- Dijk, J.M. van, De Europese vennootschap en het structuurmodel, in: Grensoverschrijdend privaatrecht, Deventer 1993, blz. 79-92
- Dijk, P.J., en Van der Ploeg, T.J., Van vereniging coöperatie en stichting, 2e druk (bewerkt door T.J. van der Ploeg, H.J. de Kluiver, C.H.C. Overes, C.A. Schwarz) Arnhem 1991 (**Dijk/Van der Ploeg**)
- Dorresteyn, A.F.M., en Verhorst, M., WOR-jurisprudentie, het algemeen informatierecht van art. 31 lid 1 WOR, TVVS 1982, blz. 191-196
- Dorresteyn, A.F.M., Bedrijfssluiting (Van faillissement van de eenmanszaak tot OGEM-sterfhuis), Zwolle 1985
- Dorresteyn, A.F.M., Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 8, Deventer 1989
- Dorresteyn, A.F.M., Rechtsvorderingen bij tegenstrijdig belang, TVVS 1990, blz. 81-84
- Dorresteyn, A., en Roest, J., Wegwijzer voor het recht op financiële informatie, OR-Informatie 26 september 1990, blz. 22-23, 31
- Dorresteyn, A.F.M., Macintosh buy-out en tegenstrijdig belang, TVVS 1990, blz. 185
- Dorresteyn, A.F.M., en Roest, J., Ontwerp-Richtlijn Europese ondernemingsraad, SR 1991, blz. 140-146
- Dorresteyn, A., Is overdracht van aandelen hetzelfde als overdracht van zeggenschap over de onderneming? [Twijfels bij adviesrecht bij aandelentransacties], OR-Informatie 18 december 1991, blz. 14-15
- Dorresteyn, A.F.M., SER-adviesaanvraag WOR en verstrekking van jaarstukken aan ondernemingsraden, SR 1991, blz. 220-221
- Dorresteyn, A.F.M., en Roest, J., Verstrekking van jaarstukken aan ondernemingsraden. In het bijzonder bij joint ventures, EESV's en BV-CV's, in: Strijdi-

- ge belangen in evenwicht, Beschouwingen over het Bedrijfsfinancieel recht, Groningen 1992, blz. 89-112
- Dorresteyn, A.F.M., Medezeggenschap bij EV, ECV en EOM, S&V 1992, blz. 160-164
 - Dorresteyn, A.F.M., en Kaar, R.H. van het, De 13e EG-Richtlijn, Serie Actualia ondernemingsrecht, Arnhem 1993
 - Dorsman, A.B., en Snee, P., Vermogensmarkt en nieuwe financiële instrumenten, in: A.B. Dorsman e.a., Het financieel systeem in ontwikkeling, Leiden/Antwerpen 1989, blz. 203-216
 - Dortmund, P.J., en Raaijmakers, M.J.G.C., De juridische fusie naar wordend recht, Preadviezen uitgebracht voor de Vereeniging 'Handelsrecht' 1980, Zwolle 1980
 - Dortmund, P.J., Enige beschouwingen rondom aandelen, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 31, Deventer 1989
 - Dortmund, P.J., De coöperatie; van vereniging naar houdstermaatschappij en beursrechtspersoon, Deventer 1991
 - Dortmund, P.J., Enige aspecten van grensoverschrijdende juridische fusie, in: Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 39, Deventer 1992, blz. 19-30
 - Dortmund, P.J., De nieuwe Bijlage X bij het Fondsenreglement, NV 70 (1992), blz. 215-224
 - Dudok van Heel, R.A., Enkele juridische aspecten van "securitisation", in: Financiering en Aansprakelijkheid, Zwolle 1994, blz. 109-124
 - Duffhues, P.J.W., Ondernemingsfinanciering en vermogensmarkten, deel 1, Groningen 1989
 - Duffhues, P.J.W., Ondernemingsfinanciering en vermogensmarkten, deel 2, Groningen 1991
 - Duk, R.A.A., Bedrijf dicht, overleg open? in: In Orde (Liber Amicorum Pieter Verloren van Themaat), Deventer 1982, blz. 61-75
 - Duk, R.A.A., Enkele problemen in verband met de samenloop van geschillenregelingen in het medezeggenschapsrecht, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 1, Deventer 1984, blz. 51-69
 - Duk, R.A.A., Een door de ondernemer voorgenomen besluit, in: Erudita Ignorantia, Arnhem 1992, blz. 11-24
 - Duk, R.A.A., Toerekening en de WOR, SMA 1993, blz. 395-399
 - Dütz, W., Arbeitsgerichtliche Überprüfbarkeit Einigungsstellensprachen nach § 109 BetrVG, in: Festschrift D. Gaul, Neuwied/Kriftel/Berlin 1992, blz. 41-55
 - Egbertsen, P., Financiële instrumenten, Eigen Vermogen of Vreemd Vermogen? Tijdschrift voor Bedrijfsadministratie 1993, blz. 386-393
 - Ehmann, H., en Schmidt, Th.B., Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge, NZA 1995, blz. 193-203

- Ehrich, C., Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG und ihre Bedeutung bei den betrieblichen Beteiligungsrechten, ZfA 1993, blz. 427-467
- Eisma, S.E., Tussen aandeel en schuldbrief: participatiebewijzen, in: Ondernemingsrechtelijke contracten, Serie uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 14, Deventer 1991
- Eisma, S.E., en Keijzer, J.Th.A. de, Aandelen zonder stemrecht, NIBE bankjuridische reeks deel 21, Amsterdam 1994
- Eisma, S.E., Civielrechtelijke aspecten van converteerbare obligatieleningen, WFR 6159 (1995), blz. 1021-1031
- Ek, J.C. van, De betrokkenheid van de werknemers bij de MBO van drukkerij Boekhoven-Bosch, in: Handboek Management Buy-Out, Deventer 1991, blz. 273-277
- Engelen, J.A.M., De betekenis van de ondernemingsraad, Nijmegen/Utrecht 1961
- Eser, G., Europarechtliche Aspekte der Arbeitnehmermitbestimmung in Multinationalen Unternehmen, ArbuR 1994, blz. 91-100
- De Europese ondernemingsraden en de medezeggenschap per overeenkomst (Handelingen van de HSI-conferentie), Mededelingen van het Hoge Sinzheimer Instituut 9, Amsterdam 1995
- Everdingen, H.G. van, "Revival" van de sterfhuis-constructies, V&O 1991, blz. 64-66
- Faasen, R., Aandelen zonder stemrecht, een rechtsvergelijkend onderzoek, in: D. Kokkini-Iatridou/F.W. Grosheide (red.), Eenvormig en vergelijkend privaatrecht 1989, Lelystad 1989, blz. 455-501
- Fase, W.J.P.M., De Wet overgang van ondernemingen en de rechtspositie van de betrokken werknemers, SMA 1983, blz. 346-370
- Fastrich, L., Betriebsvereinbarung und Privatautonomie, RdA 1994, blz. 129-139
- Fiebig, A., Grundprobleme der Arbeit betrieblicher Einigungsstellen, DB 1995, blz. 1278-1281
- Fitting K, Auffarth, F., Kaiser H, Heither F., Betriebsverfassungsgesetz [Handkommentar], 17. Aufl., München 1992 (Commentaar BetrVG)
- Flore, I., Verschweigenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, BB 1993, blz. 133-134
- Fock, J., Stimmrechtslose Geschäftsanteile, in: Festschrift für Th. Heinsius, Berlin/New York 1991, blz. 129-146
- Francissen, P.W.H.M., en Jansen, J.M., Statuten van de grote n.v. en b.v., Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 12, Deventer 1975
- Fusiegedragsregels Commentaar, onder redactie van J.B.A. Hoyinck, 8e druk SER, 1993 (Commentaar Fusiegedragsregels)

- Gaay Fortman, W.F. de, Hervorming van de structuur der onderneming, in: *Recht doen* (Geschriften van W.F. de Gaay Fortman), Alphen aan den Rijn 1972, blz. 93-102
- Galavazi, J.I.H.M., en Van Wilsum, H., In Nederland nu ook Non-Voting Shares?, NV 66 (1988), blz. 130-136
- Galle, R.C.J., De Europese coöperatieve vennootschap, S&V 1992, blz. 147-151
- Galle, R.C.J., De coöperatie, Zwolle 1993
- Galle, R.C.J., De coöperatie in eigentijds perspectief, Zwolle 1994
- Galle, R.C.J., Naar een Europees coöperatierecht?, in: *Ondernemingsrecht in internationaal perspectief: opstellen van bedrijfsjuristen bij gelegenheid van het 65-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen*, Deventer 1995, blz. 43-54
- Gamillscheg, F., Betrieb und Unternehmen - Zwei Grundbegriffe des Arbeitsrechts, ArbuR 1989, blz. 33-37
- Gamillscheg, F., Überlegungen zum Verhältnis von Gewerkschaft und Betriebsrat, in: *Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung* (Festschrift E. Stahlhacke), Neuwied/Kriftel/Berlin 1995, blz. 129-148
- Ganske, J., Umwandlungsrecht (Regierungsentwürfe), Düsseldorf 1994
- Gaul, B., Beteiligungsrechte von Wirtschaftsausschuß und Betriebsrat bei Umwandlung und Betriebsübergang, DB 1995, 2265-2270
- Gaul, B., Die Einrichtung Europäischer Betriebsräte, NJW 1995, blz. 228-232
- Gaul, D., Gesellschaftsrechtliche Grenzen betrieblicher Verstärkung von Mitbestimmungsrechten, MDR 1993, blz. 813-819
- Geers, A.J.C.M., Recht en humanisering van de arbeid, Deventer 1988
- Gerum, E., Steinmann, H., en Fees, W., Der mitbestimmte Aufsichtsrat: Eine empirische Untersuchung, Stuttgart 1988
- Gijzen, J.A. van, Het juridisch kader in geval van het maken van nadere afspraken met de ondernemingsraad, TVVS 1983, blz. 321-326
- Gijzen, J.A. van, Afspraken tussen OR en ondernemer: een tussenbericht, TVVS 1988, blz. 199-204
- Gijzen, J.A. van, en Doornik P.F., De rechtspositie van fungerende ondernemingsraden na fusie, NV 70 (1992), blz. 170-174
- Gijzen, J.A. van, Het SER-advies en de rol van de OR bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, TVVS 1994, blz. 290-294
- Gijzen, J.A. van, en Doornik P.F., Rechtspositie van fungerende ondernemingsraden na (juridische) fusie, S&V 1995, blz. 143-148
- Gils, M.R. van, De postfusie-fase: personele- en organisatorische aspecten, in: *W.J. Feringa/E. Priest/H.A. Ritsema, Fusie en overname*, Groningen 1991
- Glasz, J.R., De commissaris ter verantwoording, TVVS 1993, blz. 260-263
- Glasz, J.R., De commissaris en het structuurregime, TVVS 1994, blz. 117-120
- Goodijk, R., Op weg naar een professionele ondernemingsraad?, Assen/Maastricht 1993

- Goor, L.H.M.M. van, en Weijden, M.W.E. van der, Duitse industriebanken: macht of mythe? NV 72 (1994), blz. 40-45
- Götz, H., Die Überwachung der Aktiengesellschaft im Lichte jüngerer Unternehmenskrisen, AG 1995, blz. 337-353
- Graaf, P.S. de, Van tot naar omtrent, TVVS 1974, blz. 225-231
- Griede, B.R., en Van Koppen, B.C.P., Joint ventures, Zwolle 1992
- Grinten, W.C.L. van der, Maeijer, J.M.M., Huijben, S.J.H., en Lubbers, A.G., De nieuwe structuur van de grote N.V. en B.V., Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 9, Deventer 1973
- Grinten, W.C.L. van der, De bevoegdheden van de ondernemingsraad tot benoeming en ontslag van bestuurders van een onderneming, NV 58 (1980), blz. 84-86
- Grinten, W.C.L. van der, De inschakeling van de ondernemingsraad in de besluitvorming bij n.v. en b.v., in: Ondernemingsraad en vennootschap, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 22, Deventer 1982, blz. 21-36
- Grinten, W.C.L. van der, Structuurregeling als beschermingsconstructie, in: Beschermingsconstructies, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 34, Deventer 1990, blz. 13-19
- Grinten, W.C.L. van der, Winstbewijzen als financieringsmethode, in: De bankier als jurist, Langman Bundel, Deventer 1991
- Grinten, W.C.L. van der, Harmonisatie van het vennootschapsrecht, NV 71 (1993), blz. 311-313
- Grinten, W.C.L. van der, Europese Verenigingen?, S&V 1992, blz. 142-146
- Grinten, W.C.L. van der, Europese NV? in: Grensoverschrijdend privaatrecht, Deventer 1993, blz. 109-117
- Grinten, W.C.L. van der, Arbeidsovereenkomstenrecht, 17e druk, Alphen aan de Rijn 1994
- Grinten, W.C.L. van der, Fusievragen, NV 71 (1993), blz. 239-243
- Grinten, W.C.L. van der, De structuurvennootschap in discussie, NJB 1994, blz. 85-89
- Groot, C. de, Het adviesrecht van de in een concern ingestelde centrale ondernemingsraad, SMA 1988, blz. 615-628
- Groot, C. de, Invoering van de structuurregeling voor grote coöperaties en grote onderlinge waarborgmaatschappijen, TVVS 1989, blz. 11-16
- Groot, C. de, Enkele aspecten van het adviesrecht, SMA 1991, blz. 738-741
- Groot, C. de, Ondernemingsrecht en besluitvorming, Amsterdam 1995
- Gross, W., Zuständigkeit der Hauptversammlung bei Erwerb und Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen, AG 1994, blz. 266-276
- Grossfeld, B., en Fischer, Th, Europa steht vor der Tür, Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftsrecht, blz. 57-67
- Grunewald, B., en Winter, M., Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, in: M. Lutter e.a., Kölner Umwandlungsrechtstage: Verschmelzung, Spaltung,

- Formwechsel nach neuem Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht, Köln 1995, blz. 19-57
- Grunsky, W., Antragsbefugnis der Gewerkschaft zur Feststellung der Tarifvertragswidrigkeit einer Betriebsvereinbarung, DB 1990, blz. 526-533
 - Gutzman, U., Die Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses gem. §§ 106 Abs. 2 und 108 Abs. 5 BetrVG, DB 1989, blz. 1083-1086
 - Haardt, W.L., De ondernemingsraad als procespartij in het burgerlijk geding, in: Van vennootschappelijk belang, Zwolle 1988, blz. 63-71
 - Hammen, H., Zur geplanten Neuregelung des Depotstimmrechts, ZIP 1995, blz. 1301-1309
 - Harmonisatie van vennootschaps- en effectenrecht: ervaringen en vooruitzichten in Europa en de Verenigde Staten (symposium Katholieke Universiteit Brabant) waarin bijdragen van Van Hulle, Landau, Schaafsma en Raaijmakers, Deventer 1988
 - Hatzis-Schoch, B., Die Bedeutung von Delaware für das US-amerikanische Gesellschaftsrecht, RIW 1992, blz. 539-543
 - Hauschka, C.E., Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) im Entwurf der Kommission von 1991: Vor der Vollendung?, EuZW 1992, blz. 147-149
 - Havighorst, F., Großkonzerne: der Wirtschaftsausschuß allein reicht nicht mehr, Die Mitbestimmung 1993/11, blz. 39-43
 - Hees, A. van, De achtergestelde vordering, in het bijzonder de achtergestelde geldlening, Deventer 1989
 - Hees, A. van, De achtergestelde geldlening, TVVS 1990, blz. 30-33
 - Heijden, E.J.J. van der, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, bewerkt door W.C.L. van der Grinten (met medewerking van H.J.M.N. Honée en Th.C.M. Hendriks-Jansen), twaalfde druk, Zwolle 1992 (**Handboek**)
 - Heijden, P.F. van der, Enquêterecht daar waar de bonden zwak staan, OR-Informatie 22 maart 1989, blz. 13-15, 23
 - Heijden, P.F. van der, De volwassen ondernemingsraad, SMA 1991, blz. 695-697
 - Heijden, P.F. van der, Het medezeggenschapsconvenant, in: Ondernemingsrechtelijke contracten, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 14, Deventer 1991, blz. 95-108
 - Heijden, P.F. van der en Doup, A.C.B.W., Medezeggenschap per convenant, 's-Gravenhage 1991
 - Heijden, P.F. van der, De ondernemingsovereenkomst, NJB 1994, blz. 765-770
 - Heijden, P.F. van der, en Hulst, J. van der, De ondernemingsovereenkomst, 's-Gravenhage 1995
 - Heijink, J.Z., De drie raden. Het samenspel van Raad van Bestuur, Raad van Commissarissen en Ondernemingsraad, Assen/Maastricht 1988
 - Heinze, M., Nichtsozialplanpflichtige Betriebsänderung, NZA 1987, blz. 41-51
 - Heinze, M., Regelungsabrede, Betriebsvereinbarung und Spruch der Einigungsstelle, NZA 1994, 580-586

- Heinze, M., Der Europäische Betriebsrat: Die Richtlinie und ihre Alternativen, AG 1995, blz. 385-402
- Heinze, M., Kollektive Arbeitsbedingungen im Spannungsfeld zwischen Tarif- und Betriebsautonomie, NZA 1995, blz. 5-8
- Hendriks-Jansen, Th.C.M., Stemovereenkomsten, NV 60 (1982), blz. 6-13
- Hendriks-Jansen, Th.C.M., Naar Nieuwe Machtsverhoudingen in de Nederlandse Vennootschap?, NV 71 (1993), blz. 161
- Herrmann, E., Das Günstigkeitsprinzip und die verslechternde Betriebsvereinbarung, ZfA 1989, blz. 577-643
- Hoek, P.C. van den, Variaties op de structuurregeling bij contract, in: Ondernemingsrechtelijke contracten, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 14, Deventer 1991, blz. 81-93
- Hoek, P.C. van den, De toekomst van de structuurregeling, TVVS 1992, blz. 275-280
- Hoek, P.C. van den, Dient het structuurregime te worden aangepast aan gewijzigde omstandigheden en inzichten? in: Knelpunten in de vennootschapswetgeving, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 24, Deventer 1995, blz. 35-51
- Hoffmann, D., Der Aufsichtsrat, 2. Aufl., München 1985
- Hoffmann, D., en Neumann, K., Die Mitbestimmung bei der GmbH und GmbH & Co. KG nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976, GmbHR 1986, blz. 149-153/183-188
- Hoffman-Becking, M., Gesetz zur "kleinen AG" - unwesentliche Randkorrekturen oder grundlegende Reform? ZIP 1995, blz. 1-10
- Hohenstatt, K.S., Der Europäische Betriebsrat und seine Alternativen, EuZW 1995, blz. 169-172
- Hommelhoff, P. en Priester, H.J., Teichmann, A., Spaltung, in: M. Lutter e.a., Kölner Umwandlungsrechtstage: Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel nach neuem Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht, Köln 1995, blz. 89-155
- Honée, H.J.M.N., De benoeming van commissarissen bij grote vennootschappen, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 19, Deventer 1979
- Honée, H.J.M.N., Concernrecht en medezeggenschapsregelingen, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 21, Deventer 1981
- Honée, H.J.M.N., De territoriale werking van de Wet op de ondernemingsraden, in: Ondernemingsraden vennootschap, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 22, Deventer 1982, blz. 37-54
- Honée, H.J.M.N., De sterfhuisconstructie en de positie van aandeelhouders van de holdingvennootschap, NV 62 (1984), blz. 16-19
- Honée, H.J.M.N., De regeringswaarnemers de vennootschappelijke organisatie, Zwolle 1984
- Honée, H.J.M.N., Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 26, Deventer 1986

- Honée, H.J.M.N., Managementcontracten, in: Ondernemingsrechtelijke contracten, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 14, Deventer 1991, blz. 19-23
- Honée, H.J.M.N., Europese rechtsvormen en subsidiariteit, NV 71 (1993), blz. 314-317
- Honée, H.J.M.N., Communautaire Medezeggenschap, NV 72 (1994), blz. 258-263
- Honée, H.J.M.N., Rumor rond structuurcommissarissen, NV 73 (1995), blz. 41
- Honée, H.J.M.N., Overeenkomsten betreffende Communautaire Medezeggenschap, NV 73 (1995), blz. 47-52
- Honée, H.J.M.N., Preadvies van de Nederlandse Vereniging van Ondernemingsrechtadviseurs, Deventer 1995
- Hopt, K.J., Übernahmeangebote im europäischen Recht, in: Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht [Festschrift für Fritz Rittner], München 1991, blz. 187-209
- Hopt, K.J., Präventivmaßnahmen zur Abwehr von Übernahme- und Beteiligungsversuchen, in: WM-Festgabe für Th. Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991, blz. 22-30
- Hopt, K., Harmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht, ZGR 1992, blz. 265-295
- Hopt, K., Labor Representation on Corporate Boards: Impacts and Problems for Corporate Governance and Economic Integration in Europe, International Review of Law and Economics 1994, blz. 203-214
- Houtzagers, G.J.H., Niet naar behoren samengesteld, in: Financiering en aansprakelijkheid (Tjeenk Willink-Zwolle 1994), blz. 14-21
- Houwen, L.G.H.J., Schoonbrood-Wessels, A.P., en Schreurs, J.A.W., Aansprakelijkheid in concernverhoudingen, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 42, Deventer 1993
- Hoyinck, J.B.A. (red.), Gelet op artikel 2, Cijfers over fusies 1970-1990, 's-Gravenhage 1990
- Hoyinck, J.B.A., Tenderbod onder de kap van de Fusiecode, TVVS 1990, blz. 213-218
- Hoyinck, J.B.A., Bescherming van aandeelhouders en werknemers: de SER-fusiecode, in: Bartel, J.C.K.W., Bruijn, D. de, Frederikslust, R.A.I. van, en Schenk, H. (red.), Fusies en Acquisities, Leiden 1994
- Hoyningen-Huene, G. von, Betriebsverfassungsrecht, 3. Aufl., München 1993
- Hromadka, W., Der Begriff des leitenden Angestellten, BB 1990, blz. 57-64
- Hromadka, W., Rechtsfragen zum Eurobetriebsrat, DB 1995, blz. 1125-1131
- Hueck, G., Gesellschaftsrecht, 19. Aufl., München 1991
- Huijben, S.J.H., De positie van de ondernemingsraad in de nieuwe structuur, in: De nieuwe structuur van de grote N.V. en B.V., Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 9, Deventer 1973, blz. 31-43
- Huiskes, C.R., Het Statuut van de Europese Vennootschap anno 1989, TVVS 1990, blz. 119-123

- Huiskes, C.R., *De Europese vennootschap*, Zwolle 1993
- Huizink, J.B., *De ondernemingsraad en aandelentransacties*, art. 25 lid 1 sub a *Wet op de ondernemingsraden*, TVVS 1988, blz. 145-149
- Huizink, J.B., *Belanghebbende bij de jaarrekeningprocedure*, WPNR 5874 (1988), blz. 288-289
- Huizink, J.B., *Bestuurders van rechtspersonen*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 7, Deventer 1989
- Huizink, J.B., *Ontwerp-Statuut van de Europese Onderlinge Maatschappij*, S&V 1992, blz. 155-158
- Huizink, J.B., *Enige knelpunten in het praktisch functioneren van de ondernemingsraad*, TVVS 1992, blz. 251-255
- Huizink, J.B., *Interventie tijdens de jaarvergadering van de Vereniging 'Handelsrecht'* 1993, blz. 47, Tjeenk Willink, Zwolle 1994

- Ingh, F.J.P. van den, *Enige kanttekeningen bij Hof Amsterdam 27 juli 1989 (PUEM)*, WPNR 5958/5959 (1989), blz. 278-280, 297-298
- Ingh, F.J.P. van den, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 35, Deventer 1991
- Ingh, F.J.P. van den, *Een andere kijk op enkele problemen bij certificering van aandelen*, TVVS 1992, blz. 77-78 (reactie op C.A. Schwarz, TVVS 1992, blz. 6-11)
- Ingh, F.J.P. van den, Bos, E, en Oerlemans, P.C.J., *De stichting als ondernemingsvorm*, Serie Vademecum Ondernemingsrecht, Deventer 1993
- Ingh, F.J.P. van den, *De converteerbare obligatie*, in: *Converteerbare obligaties en aandelen*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 43, blz. 1-19
- Ingh, F.J.P. van den, *Intra-groepstransacties en de positie van minderheidsaandeelhouders*, NV 72 (1994), blz. 15-23
- Ingh, F.J.P. van den, *Aandelenoverdracht en art. 25 WOR*, WPNR 6124 (1994), blz. 121-122

- Jacobs, A.T.J.M., *De bevoogding van de ondernemingsraad*, SMA 1991, blz. 709-719
- Jacobs, A.T.J.M., *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht*, Arnhem 1993
- Jaeger, C., *Aufsichtsratsausschüsse ohne Arbeitnehmervertreter?* ZIP 1995, blz. 1735-1739
- Jong, E.P. de, *Mitbestimmung en Medezeggenschap*, NJB 1977, blz. 999-1005
- Jong, E.P. de, *Het Mannesmann-conflict*, TVVS 1981, blz. 225-232
- Jongh, E.D.J. de, *Commissarissen, directeuren, OR-leden: verhoudingen en verwachtingen. Een sociologische verkenning naar de positie van de Raad van Commissarissen in zijn relatie tot directie en ondernemingsraad van structuurvennootschappen*, Leiden 1987

- Joost, D., Wirtschaftliche Angelegenheiten als Kompetenzbereich des Wirtschaftsausschusses, in: Festschrift O.R. Kissel, München 1994, blz. 433-449
- Joost, D., Arbeitsrechtliche Angaben im Umwandlungsvertrag, ZIP 1995, blz. 976-986
- Joost, D., Umwandlungsrecht und Arbeitsrecht, in: M. Lutter e.a. (red.) Kölner Umwandlungsrechtstage: Verschmelzung. Spaltung. Formwechsel nach neuem Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht, Köln 1995, blz. 297-328
- Joosten, H.F.J., De geconsolideerde jaarrekening, NV 67 (1989), blz. 173-181,
- Kaar, R.H. van het, Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 17, Deventer 1993
- Kaar, R. van het, Werknemersmedezeggenschap bij fusies, Amsterdam 1994
- Kaar, R.H. van het, Ondernemingsraad en vertrouwenscommissaris, Sinzheimer cahiers 9, 's-Gravenhage 1995
- Kallmeyer, H., Das neue Umwandlungsgesetz: Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel von Handelsgesellschaften, ZIP 1994, blz. 1746-1759
- Kallmeyer, H., Kombination von Spaltungsarten nach dem neuen Umwandlungsgesetz, DB 1995, blz. 81-83
- Kanelis, Th., Die Funktion des mitbestimmten Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft, München 1987
- Kapteyn, P.J.G.,/Verloren van Themaat, P., Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen, vijfde druk, Deventer 1995
- Keim, R., Die Rahmenkompetenz des Gesamtbetriebsrates, BB 1987, blz. 962-964
- Kempen, O.E., Betriebsverfassung und Tarifvertrag, RdA 1994, blz. 140-152
- Kemperink, J.B.W.M., Nieuw coöperatief perspectief: winsten integraal uitkeren aan de leden? TVVS 1992, blz. 142-148
- Kessel, W., Der Entwurf zum Statut der Europäischen Genossenschaft, EuZW 1992, blz. 475-479
- Kessler, M.H., Die Leitungsmacht des Vorstandes einer Aktiengesellschaft, AG 1995, blz. 61-76 (deel I); blz. 120-132 (deel II)
- Kissel, O.R., Kollektive Arbeitsbedingungen im Spannungsfeld zwischen Tarif- und Betriebsautonomie, NZA 1995, blz. 1-5
- Kist, A.W., De Wet op de ondernemingsraden in concernverhoudingen, in: Concernrecht, concernfinancieringen mededingingsrecht, Deventer 1984, blz. 53-66
- Klinkhammer, H., Auf der Zielgeraden: Der Europäische Betriebsrat, ArbuR 1994, blz. 326-332
- Klinkhammer, H., en Wieslau, D., Der Europäische Betriebsrat, AG 1994, blz. 488-496
- Klinkhammer, H., Der Arbeitsdirektor des Montan-Mitbestimmungsgesetzes - Reflexionen eines Insiders -, in: Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung (Festschrift E. Stahlhacke), Neuwied/Kriftel/Berlin 1995, blz. 275-287

- Kluiver, H.J. de, *European and American Company Law, A comparison after 25 Years of EC Harmonisation*, MJ 1994, blz. 139-165
- Knape, C.A, *Factoring*, WPNR 6141 (1994), blz. 431-437
- Knoop, J. van der, *Tussen toeschouwen en meesturen*, Groningen 1991
- Koene, A.M., en Slomp, H., *Medezeggenschap van werknemers op ondernemingsniveau [een onderzoek naar de regels en hun toepassing in zes Europese landen]*, 's-Gravenhage 1991
- Kok, M.A., en Meijden, P. van der, *De leveraged buy-out*, in: M.P.B. Bonnet/J. Bruining/A.C.C. Herfst (red.) *Handboek Management Buy-Out*, Deventer 1991, blz. 229-240
- Kokkini-Iatridou, D., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Deventer 1988
- *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1, Köln/Berlin/Bonn/München 1985
- Koning, F., *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, Deventer 1987
- Koning, F., *Fusies en centrale ondernemingsraden*, Deventer 1988
- Koning, F., *De bevoegdheden van de centrale ondernemingsraad*, NV 71 (1993), blz. 231-239
- Koning, F., *Subsidiariteit en medezeggenschap*, NV 71 (1993), blz. 305-310
- Koning, F., *Interface Heuga. Van ondernemingsraad naar ondernemersraad?*, NV 72 (1994), blz. 155-163
- Koning, F., *De Europese ondernemingsraad: keuzes en konsekventies*, NV 73 (1995), blz. 73-81
- Koning, F., *De Europese ondernemingsraad, de COR en de structuurregeling*, NV 73 (1995), blz. 100-104
- Koning, F., *De Europese ondernemingsraad*, SMA 1995, 89-102
- Konzen, H., *Die Anstellungskompetenz des GmbH-Aufsichtsrats nach dem Mitbestimmungsgesetz*, GmbHR 1983, blz. 92-98
- Konzen, H., *Paritätische Mitbestimmung im Montanbereich*, AG 1983, blz. 289-303
- Korteweg, P., *Overnames en de professionele belegger*, NV 67 (1989), blz. 256-263
- Kortmann, S.C.J.J., *Artikel 1639aa e.v. BW, De boemerang van sociale zaken?*, NV 60 (1982), blz. 182-189
- Kortmann, S.C.J.J., *De positie van de vennootschapsorganen, de ondernemingsraad en de curator tijdens faillissement*, in: *Van vennootschappelijk belang*, Zwolle 1988
- Kortmann, S.C.J.J., *De positie van de organen van de vereniging en de stichting en van hun ondernemingsraden tijdens surséance en faillissement*, S&V 1989, blz. 171-175
- Kortmann, S.C.J.J., *De curator, de bewindvoerder en de organen van de vennootschap en de onderneming*, in: *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu, preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'* 1993, Zwolle 1993

- Kraft, A., Betriebliche Mitbestimmung und unternehmerische Entscheidungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Festschrift für F. Rittner, München 1991, blz. 285-302
- Krens, F., Ontwikkelingen in het jaarrekeningenrecht, NV 70 (1992), blz. 275-297
- Kreßel, E., Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen Umwandlungsbereinigungs-gesetzes, BB 1995, blz. 925-930
- Kreuder, Th., Informationsrechte von Wirtschaftsausschuß und Betriebsrat, Die Mitbestimmung 1992, blz. 67-68
- Krieger, A., Muß die Mitbestimmung der Arbeitnehmer das europäische Gesellschaftsrecht blockieren? in: Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, München 1991, blz. 303-321
- Krißig, V., en Preusche, E., Mitbestimmung in den Neuen Bundesländern auf der Betrieblichen Ebene, WSI-Mitteilungen 1992, blz. 616-620
- Kroneberg, J., Die mitbestimmte selbständige Aktiengesellschaft, Göttingen 1982
- Kronenberg, B., Vollkman, B., en Wendeling-Schröder, U., WSI-Mitbestimmungsbericht 1992, WSI-Mitteilungen 1994/1, blz. 24-29
- Krouwel, G.E., Overnameregulering, Deventer 1992
- Kubler, F., Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1990
- Küller, H.D., Neueste Gesetzgebung zur Unternehmensmitbestimmung in der DDR, WSI-Mitteilungen 1990, blz. 354-357

- Laat, J.J.M. de, Bos, P.L.J., en Zeijlstra, W., Lijn(en) in het ondernemingsrecht, SMA 1991, blz. 771-774
- Lahusen, A., Streitigkeiten zwischen Unternehmer und Wirtschaftsausschuß, BB 1989, blz. 1399-1401
- Lambooy, T.E., Uitbreiding van de werkingssfeer van het jaarrekeningenrecht tot de commerciële stichting en vereniging, V&O 1994, blz. 38-40, 53-55
- Lamers, J.J.M., De Europese ondernemingsraad: een effectieve doorbraak? SR 1994, blz. 314-318
- Lamers, J.J.M., Medezeggenschap in concerns: effectiviteit van de nationale regelgeving en de Europese Richtlijn, Alphen aan den Rijn 1995
- Lang/Weidmüller, Genossenschaftsgesetz, bewerkt door E. Metz en H.J. Schaffland, 32. Aufl., Berlin/New York 1988
- Lauwaars, R.H., en Timmermans, C.W.A., Europees Gemeenschapsrecht kort bestek, derde druk, Groningen 1995
- Leeuwen, B.H.A. van, Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 10, Deventer 1990
- Leinemann, W., Änderung von Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarungen (Fragen zum Beschluss des Grossen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 16. September 1986), BB 1989, 1905-1912.
- Leuftink, A.L., Surséance van betaling, Deventer 1995

- Looise, J.C., en Lange, F.G.M. de, Ondernemingsraden, bestuurders en besluitvorming, Nijmegen 1987
- Looise, J.C., Werknemersvertegenwoordiging op de tweesprong, Alphen aan den Rijn 1989
- Loritz, K.G., Sinn und Aufgabe der Mitbestimmung heute, ZfA 1991, blz. 1-33
- Löwisch, W., Novellierung des Mitbestimmungsrechts, BB 1988, blz. 1953-1956
- Luijk, H., De voor- en nadelen van Personele Unies in het ondernemingsbestuur, TVVS 1986, blz. 40-44
- Lunshof, J.H., Coöperaties op zoek naar meer financieringsmogelijkheden, S&V 1992, blz. 67-74
- Lutter, M., Mitbestimmung im Konzern, Köln/Berlin/Bonn/München 1975
- Lutter, M., en Krieger, G., Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Freiburg im Breisgau 1981
- Lutter, M., en Lammers, B., Hostile Takeover; Mogelijkheden und grenzen nach deutschem Recht, opgenomen in de documentatiebundel ten behoeve van het Van der Heijden congres 'Beschermingsconstructies' op 10 en 11 november 1989
- Lutter, M., Europäisches Unternehmensrecht, 3. Aufl., Berlin/New York 1991
- Lutter, M., Unternehmensplanung und Aufsichtsrat, AG 1991, blz. 249-255
- Lutter, M., Perspektiven eines europäischen Unternehmensrechtes- Versuch einer Summe, ZGR 1992, blz. 435-451
- Lutter, M., Das neue "Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts", AG 1994, blz. 429-447
- Lutter, M., Difizite für eine effiziente Aufsichtsratsaktivität und gesetzliche Möglichkeiten der Verbesserung, ZHR 1995, blz. 310-321
- Lutter, M., Macht der Banken, NJW 1995, blz. 2766-2767
- Lutterman, C., Die Europäische Genossenschaft, ZVglRWiss 1994, blz. 1-37
- Luttmer-Kat, A.M., Rechten van werknemers bij overgang van onderneming, TVVS 1994, blz. 1-6
- Luttmer-Kat, A.M., Wanneer is er sprake van overgang van onderneming? TVVS 1994, blz. 197-201

- Maas, P.C., De in haar continuïteit bedreigde onderneming, preadvies Vereniging 'Handelsrecht' 1983, Zwolle 1983
- Maeijer, J.M.M. (red.), met medewerking van Schreurs-Engelaar, M.E., Bundel Naamloze en Besloten Vennootschap, losbladig, Deventer (**Bundel NV en BV**)
- Maeijer, J.M.M., De stemovereenkomst van aandeelhouders, In: Recht zo die gaat, Zwolle 1976, blz. 95-106
- Maeijer, J.M.M., Medezeggenschappen concernverhoudingen, NV 67 (1989), blz. 114-120
- Maeijer, J.M.M., Nogmaals: uitbreiding van het enquête-recht, NV 70 (1992), blz. 116-119

- Maeijer, J.M.M., Vertegenwoordiging en volmacht, in: Problemen rondom de algemene vergadering, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 45, Deventer 1994, blz. 63-79
- Maeijer, J.M.M., De benadering van het concern in het medezeggenschapsrecht, in: Sociaal recht: de grenzen verkend, Zwolle 1994, blz. 331-339
- Maljers, F.A., Overnames: Waarom, wanneer, hoe?, NV 67 (1989), blz. 251-255
- Mayer, U., Richtlinie Europäische Betriebsräte - Harmonisierungsprobleme bei der Umsetzung, BB 1995, blz. 1794-1798
- Meier-Krenz, U., Die Erweiterung von Beteiligungsrechte des Betriebsrats durch Tarifvertrag, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1988
- Meij-Netel, H. van der, Medezeggenschapper covenant, SR 1991, blz. 366-368
- Meijer Timmerman Thijssen, J., Horzen, F. van, Sint Truiden, M.Ph. van, en Zevenboom, G.H., Financiering van de onderneming: civielrechtelijke, fiscaalrechtelijke en jaarrekeningaspecten, Serie Vademecum Ondernemingsrecht, Deventer 1995
- Mendel, M.M., Wetsontwerp beschermingsmaatregelen VEUO-beurs uit oogpunt van rechtsbedeling en corporate governance, NV 73 (1995), blz. 271-273
- Menu, J.M.M., De toezegging in het privaatrecht: een interne rechtsvergelijkende analyse met de toezegging in het bestuursrecht, Deventer 1994
- Merkt, H., Europäische Aktiengesellschaft: Gesetzgebung als Selbstzweck?, BB 1992, blz. 652-661
- Mertens, H.J., Zur Gültigkeit von Mitbestimmungsvereinbarungen, AG 1982, blz. 141-153
- Mierlo, A.I.M. van, besproken in NV 69 (1991), blz. 113-118
- Möllers, M.J., Professionalisierung des Aufsichtsrates, ZIP 1995, blz. 1725-1735
- Monchy, C.W. de, Financiering en vermogensvorming bij vereniging en stichting, S&V 1989, blz. 160-162
- Monchy, C.W. de, en Timmerman, L., De nieuwe algemene bepalingen van boek 2 BW, preadvies Vereniging 'Handelsrecht' 1991, Zwolle 1991
- Mozet, P., Beteiligung der Arbeitnehmer auf europäischer Ebene, ZEuP 1995, blz. 552-563
- Müller, G., Zum Verhältnis zwischen Betriebsautonomie und Tarifautonomie, ArbUR 1992, blz. 257-262
- Nagelkerke, J.J., en Prins, B.M., De sterfhuisconstructie en de ontvlechtingproblematiek, in: R.J. de Folter e.a., Overdracht van een onderneming, Deventer 1983, blz. 183-187
- Nebendahl, M., Zulässigkeit der Bildung eines Wirtschaftsausschusses im Konzern? DB 1991, blz. 384-388
- Neye, H.W., Die Reform des Umwandlungsrechts, DB 1994, blz. 2069-2072
- Neye, H.W., Überblick über die Gesetzänderungen, in: M. Lutter e.a., Kölner Umwandlungsrechtstage: Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel nach neuem Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht, Köln 1995, blz. 1-18

- Neye, H.W., Der neue Übernahmekodex der Börsensachverständigenkommission vom 14. Juli 1995, ZIP 1995, blz. 1464-1467
- Nillesen, J.T.L., Financiering van grote coöperaties, Fiscaal Ondernemingsrecht 1994, blz. 113-130
- Nobelen, P.W.M., Facetten van medezeggenschap, Assen/Maastricht 1991
- Noordraven, G., De regeling van de Überschuldung, Serie monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 36, Deventer 1991
- Norbruis, R.W.Th., Juridische klippen bij de financiering van 'leveraged' overnemingen, NV 68 (1990), blz. 95-104
- Norbruis, R.W.Th., Het failliet van de juridische fusie als overnemingsinstrument, TVVS 1991, blz. 29-34
- Norbruis, R.W.Th., Conversie van aandelen in andersoortige aandelen, in: Converteerbare obligaties en aandelen, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 45, Deventer 1993, blz. 145-157
- Oetker, H., Der Betriebsrat - ein Ersatzorgan für den Wirtschaftsausschuß? DB 1990, blz. 2320-2325
- Onderzoek naar afspraken tussen ondernemingsraad en bestuurder, Adviesburo ATIM [Advies Training en Informatie rond Medezeggenschap], Utrecht 1986
- Oostwouder, W.J., Beschermingspfeils: een huis gebouwd op de rots of op het zand? TVVS 1993, blz. 29-34
- Oostwouder, W.J., Nieuwe mogelijkheden voor 'contracting out services' en voor overdracht van insolvente ondernemingen? SMA 1996, blz. 6-21
- Ophof, H.P.J., Sanering en herstructurering van ondernemingen, hoofdstuk 5.5, Hoofdelijke aansprakelijkheid (losbladig), Deventer
- Ophof, H.P.J., Dient art. 2:98c/207c BW te worden gewijzigd c.q. te worden geschrapt?, in: Knelpunten in de vennootschapswetgeving, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 24, Deventer 1995, blz. 63-72
- Otten, A., De herziening van de Wet op de ondernemingsraden in gekantelde arbeidsverhoudingen, SMA 1994, blz. 407-416
- Otto, H.J., Die Verteilung der Kontrollprämie bei Übernahme von Aktiengesellschaften und die Funktion des Höchststimmrechts, AG 1994, blz. 167-175
- Paefgen, W., Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, Köln/Berlin/Bonn/München 1982
- Peltzer, M., Die Vertretung der Aktionäre in Hauptversammlungen von Publikumsgesellschaften, AG 1996, blz. 26-32
- Perrick, S., Het nieuwe ontwerp voor een dertiende richtlijn inzake het vennootschapsrecht, TVVS 1990, blz. 297-302
- Perrick, S., en Serië, V.P.G. de, Effecten (algemeen deel), Deventer 1991
- Perrick, S., Het toezicht op het effecten verkeer in Nederland, inaugurele rede Rotterdam Kluwer, Deventer 1991

- Perrick, S., De Wet melding zeggenschap is in werking getreden, TVVS 1992, blz. 35-40
- Perrick, S., Converteerbare obligaties, NIBE-Bankjuridische reeks deel 27, Amsterdam 1995
- Peter, M., Probleme des Betriebs- und Unternehmensbegriffs nach dem Betriebsverfassungsgesetz, DB 1990, blz. 424-428
- Peterek, R., Fragen zur Regelungsabrede, in: Festschrift für D. Gaul, Neuwied/Kriftel/Berlin 1992, blz. 471-495
- Peters, J., MontanMitbestimmung. Dokumente ihrer Entstehung, Köln 1979
- Pietzko, J., Rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang, ZIP 1990, blz. 1105-1116
- Pipkorn, J., Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmen auf Europäischer Grundlage, RdA 1992, blz. 120-127
- Polak, N.J., Faillissementsrecht, bewerkt door C.E. Polak, 5e druk, Alpen aan de Rijn 1992

- Raaijmakers, M.J.G.C., De juridische fusie, in: Rechtspersonen (losbladig), Deventer
- Raaijmakers, M.J.G.C., Joint ventures, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 14, Deventer 1976
- Raaijmakers, M.J.G.C., Over splitsing van vennootschappen, in: Jurist en in Bedrijf (Opstellen van bedrijfsjuristen bij het 50-jarig bestaan van het Nederlands genootschap van bedrijfsjuristen, Kluwer-Deventer 1980), blz. 119-151
- Raaijmakers, M.J.G.C., The European company in the perspective of the European integration, in: Themis en Europa, Zwolle 1989, blz. 189-205
- Raaijmakers, M.J.G.C., Naar een wettelijke regeling van de afsplitsing, in: Iusta Causa, Tilburg 1992, blz. 80-86
- Raaijmakers, M.J.G.C., Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over joint ventures, Preadvies voor de Nederlandse vereniging voor Rechtsvergelijking nr. 46, Deventer 1992
- Raaijmakers, M.J.G.C., Totstandkoming en rechtskarakter van de Fusiecode, in: De toekomst van de fusiegedragsregels, Zwolle 1992, blz. 1-22
- Raaijmakers, M.J.G.C., Regelingen met betrekking tot openbare biedingen, in: De toekomst van de fusiegedragsregels, Zwolle 1992, blz. 43-99
- Raaijmakers M.J.G.C., en Uniken Venema, C.AE., Herziening van de Fusiecode, Zwolle 1994
- Raaijmakers, M.J.G.C., Splitsing van rechtspersonen, in: Dossier ondernemingsrecht 1994/18, blz. 47-51
- Raaijmakers, M.J.G.C., Europese rechtsvormen voor joint ventures, AA 44 (1995), blz. 425-431
- Raiser, Th., Privatautonome Mitbestimmungsregelungen, BB 1977, blz. 1361-1468
- Raiser, Th., Mitbestimmungsgesetz, 2. Aufl., Berlin/New York, 1984

- Raiser, Th., Führungsstruktur und Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft nach dem Verordnungsvorschlag der Kommission vom 25. August 1989, in: Festschrift für Ernst Steindorff, Berlin/New York 1990, blz. 201-214
- Raiser, Th., Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., München 1992
- Raiser, Th., Europäische Aktiengesellschaft und nationalen Aktiengesetze, in: Festschrift für J. Semler, Berlin/New York 1993, blz. 277-297
- Rasner, H., Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) - ist sie wünschenswert? ZGR 1992, blz. 315-326
- Reform des Umwandlungsrechts: Vorträge und Diskussionen IDW-Umwandlungssymposium am 8./9. Oktober 1992, Düsseldorf 1993
- Reuter, D., Betriebsverfassung und Tarifvertrag, RdA 1994, blz. 152-168
- Richardi, R., Beteiligung der Arbeitnehmer an betrieblichen Entscheidungen in der Bundesrepublik Deutschland, RdA 1984, blz. 88-98
- Richardi, R., Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts zur ablösende Betriebsvereinbarung, NZA 1987, blz. 185-191
- Richardi, R., Ablösung arbeitsvertraglicher Vereinbarungen durch Betriebsvereinbarung, NZA 1990, blz. 331-334
- Richardi R., Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats zur Mitbestimmungsausübung, in: Festschrift für W. Gitter, Wiesbaden 1995, blz. 789-800
- Röller, W., Quo vadis Aufsichtsrat? AG 1994, blz. 333-336
- Rongen, M.H.E., Enige beschouwingen omtrent asset backed securitisation, in: Financiering en Aansprakelijkheid, Zwolle 1994, blz. 93-108
- Rood, M.G., Wet op de ondernemingsraden (losbladig), Arnhem
- Rood, M.G., Bedrijfsdemocratie: vlag of lading?, Deventer 1979
- Rood, M.G., Over samenloop van medezeggenschapsrechten, in: Arbeid in kort geding, Deventer 1983, blz. 89-107
- Rood, M.G., De werknemer als commissaris van een structuurvennootschap, in: Tot Vermaak Van Slagter Deventer 1988, blz. 225-233
- Rood, M.G., Over afspraken ondernemer-ondernemingsraad, TVVS 1991, blz. 221-225
- Rood, M.G., Over de verhouding WOR-vennootschapsrecht, TVVS 1993, blz. 222-224
- Rood, M.G., Over toerekenen en de WOR, TVVS 1995, blz. 261-265
- Roos, P., Zorgvuldige voorbereiding van besluitvorming als algemeen beginsel van behoorlijk ondernemingsbestuur: het PUEM arrest, AA 40 (1991), blz. 809-817
- Rutten, L.E.H., Regresproblemen bij sterfhuisconstructies, in: Van Vennootschappelijk Belang (Opstellen aangeboden aan J.M.M. Maeijer), Zwolle 1988, blz. 515-529
- Ruysseveldt, J. van, Ontwerpen van Europese medezeggenschap, Tijdschrift voor arbeidsvraagstukken 1993, blz. 78-89

- Sanders, P./Westbroek, W., BV en NV, bewerkt door F.K. Buijn/P.M. Storm, 7e druk, Deventer 1994 (**Sanders/Westbroek**)
- Sanders, P., Op weg naar ondernemingsrecht, in: Met eerbiedigende werking (Opstellen aangeboden aan L.J. Hijmans van den Bergh), Deventer 1971, blz. 221-232
- Sanders, P., Medezeggenschap bij de besluitvorming in de grote ondernemingen, in: Aspecten van Arbeidsrecht (Jubileumbundel Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1971), Alphen aan den Rijn/Brussel 1971, blz. 225-236
- Sanders, P., De Europese vennootschap, TVVS 1991, blz. 249-256
- Sanders, P., De Europese Vennootschap en de Europese Ondernemingsraad, TVVS 1995, blz. 57-61
- Schaffland, H.J., Die Europäische Genossenschaft - Eine neue Rechtsform, DWiR 1991/1, blz. 18-21
- Scharmann, G., Die ablösende Betriebsvereinbarung, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1989
- Schaub, G., Änderungskündigung und Kündigungsschutz bei Betriebsvereinbarungen, BB 1990, blz. 289-291
- Schaub, G., Der Betriebsrat, 6. Aufl. München 1995
- Schaub, G., Die Beendigung von Betriebsvereinbarungen, BB 1995, blz. 1639-1642
- Scheffler, E., Der Aufsichtsrat - nützlich oder überflüssig? ZGR 1993, blz. 63-76
- Schilfgaarde, P. van, Ondernemingsraad en vennootschap, NV 60 (1982), blz. 135-139
- Schilfgaarde, P. van, Het SER-advies over de samenstelling van de r.v.c. bij -structuurvennootschappen, NV 62 (1984), blz. 209-212
- Schilfgaarde, P. van, Contractuele structurering van bestuur en toezicht, in: Ondernemingsrechtelijke contracten, Deventer 1991, blz. 11-18
- Schilfgaarde, P. van, Titel 1, algemene bepalingen, in: Rechtspersonen (losbladig), Deventer
- Schilfgaarde, P. van, Kunnen enquêtebeschikkingen uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard?, WPNR 6138 (1994), blz. 379-380.
- Schilfgaarde, P. van, Van de BV en de NV, 10e druk., Arnhem 1995 (**Van Schilfgaarde, BV en NV**)
- Schlachter, M., Bewährung und Reformbedürftigkeit des Betriebsverfassungsrechts, RdA 1993, blz. 313-327
- Schneider, H., The European Works Council Directive, in: Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union, Antwerpen/Apeldoorn 1995, blz. 185-197
- Scholten, Y., Juridische splitsing van vennootschappen, in: Goed & Trouw (Opstellen aangeboden aan W.C.L. van der Grinten), Zwolle 1984, blz. 217-234
- Schreurs-Engelaar, M.E., Organen van de coöperatie, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 46, Deventer 1995
- Schuster, S., Neue Regeln für Übernahmen, Die Bank 1995/10, blz. 609-614

- Schut, G.H.A., 'Het wonder van Den Haag', in: Uit het recht (Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan P.J. Verdam), Deventer 1971, blz. 307-319
- Schutte-Veenstra, J.N., Harmonisatie van het kapitaalbeschermingsrecht in de EEG, Deventer 1991
- Schwark, E., Zum DGB-Entwurf eines Mitbestimmungsgesetzes 1982, AG 1982, blz. 303-311
- Schwarz, C.A., Aandelen zonder stemrecht, Zwolle 1990
- Schwarz, C.A., Enkele vragen bij certificering van aandelen, TVVS 1992, blz. 6-11 (met reactie van F.J.P. van den Ingh, TVVS 1992, blz. 77-78)
- Schwarz, C.A., Versterking van het beschermend effect van certificering van aandelen, WPNR 6104 (1993), blz. 617-620
- Schwarz, C.A., Jaarrekeningplicht voor nijvere vereniging en stichting, WPNR 6180 (1995), blz. 301-302
- Schwedhelm, R., Streck, M., en Mack, A., Die Spaltung der GmbH nach neuem Umwandlungsrecht, GmbHR 1995, blz. 7-15 (deel I), blz. 100- 108 (deel II)
- SER-advies van 22 november 1968 inzake uitbreiding bevoegdheden ondernemingsraden (SER-advies 1968/13)
- SER-advies van 19 september 1969 inzake de herziening van het ondernemingsrecht (SER-advies 1969/14)
- SER, Eerste Advies inzake gedragsregels in acht te nemen bij het tot stand komen van fusies (SER-advies 1970/01)
- SER, Tweede Advies inzake informatie aan de regering omtrent in overweging zijnde fusies, (SER-advies 1971/05)
- SER-advies van 13 oktober 1972 inzake een beroepsrecht van werknemers (SER-advies 1972/16)
- SER-advies van 17 oktober 1975 over taak, samenstelling en bevoegdheden van ondernemingsraden (SER-advies 1975/14)
- SER-advies van 15 oktober 1976 inzake de verstrekking door de ondernemer van informatie aan de ondernemingsraad (SER-advies 1976/20)
- SER-advies van 17 februari 1978 inzake de medezeggenschap van werknemers in ondernemingen met minder dan 100 werknemers (SER-advies 1978/04)
- SER-advies van 13 april 1984 betreffende de samenstelling van toezichthoudende organen van grote naamloze en besloten vennootschappen (SER-advies 1984/06); voorafgegaan door het: Interim-advies van 15 april 1983 inzake de samenstelling Raden van Commissarissen (SER-advies 1983/10)
- Vervolgadvies van de SER van 19 april 1985 betreffende de samenstelling van toezichthoudende organen van rechtspersonen die een onderneming in stand houden (SER-advies 1985/07)
- SER-advies van 16 januari 1987 inzake grensoverschrijdende fusies van naamloze vennootschappen (SER-advies 1987/02)
- SER-advies van 21 oktober 1988 inzake de wijziging van het enquêterecht (SER-advies 1988/14), gevolgd door een Aanvullend advies wijziging enquêterecht (SER 1989/21)

- SER-advies van 15 mei 1992 inzake Knelpunten in de Wet op de ondernemingsraden (SER-advies 1992/07)
- SER-advies van 20 mei 1994 inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad (SER-advies 1994/06)
- Slagter, W.J., Twee kanttekeningen bij enkele kanttekeningen inzake de WOR (naschrift bij L. Timmerman), TVVS 1980, blz. 34-37
- Slagter, W.J., Enkele problemen bij de toepassing van de Wet op de ondernemingsraden 1979, in: Gratia Comercii, Deventer 1981, blz. 361-375
- Slagter, W.J., De sterfhuisconstructie, TVVS 1983, blz. 25-31
- Slagter, W.J., De sterfhuisconstructie en haar juridische aanvaardbaarheid, in: R.J. de Folter e.a., Overdracht van een onderneming, Deventer 1983, blz. 141-162
- Slagter, W.J., Vennootschapsrechtelijke aspecten van de management buy-out, in: M.P.B. Bonnet/J. Bruining/A.C.C. Herfst, Handboek Management Buy-Out, Deventer 1991, blz. 306-312
- Slagter, W.J., Macintosh, TVVS 1990, blz. 150-153
- Slagter, W.J., Compendium van het ondernemingsrecht, 6e druk, Deventer 1993 (Compendium)
- Slagter, W.J., Ondernemingsrechtelijke contracten, TVVS 1991, blz. 305-309
- Slagter, W.J., De grote recente deconfitures: de ziekenhuisconstructie, TVVS 1992, blz. 219-223
- Slagter, W.J., Naar nieuwe machtsverhoudingen in de Nederlandse vennootschap, TVVS 1993, blz. 194-197
- Slagter, W.J., De Europese ondernemingsraad, TVVS 1994, blz. 202-206
- Slagter, W.J., naschrift bij 'De Europese Ondernemingsraad: enkele Europeesrechtelijke observaties van T.R. Ottervanger, TVVS 1994, blz. 340-341
- Slomp, H., Medezeggenschap in Europa: zoveel landen, zoveel zinnen? Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken 1993, blz. 66-77
- Slooten, J. van, Ondernemingskamer en Wet op de ondernemingsraden, in: Met recht verenigd, Arnhem 1986, blz. 241-254
- Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Ministerie van, OR-bevoegdheden in CAO's, 's-Gravenhage 1994
- Solinge, A.G. van, Concernrecht en medezeggenschap, NV 60 (1982), blz. 51-60
- Solinge, A.G. van, De positie van de ondernemingsraad bij in een groep verbonden ondernemingen, in: Ondernemingsraden vennootschap, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 22, Deventer 1982, blz. 55-68
- Solinge, A.G. van, Uitbreiding van het enquêterecht, NV 70 (1992), blz. 26-32
- Solinge, G. van, Grensoverschrijdende juridische fusie, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 44, Deventer 1994
- Sonderen, J.C.M. van, De personeelsoptie bij management buy-out financiering, in: M.P.B. Bonnet/J. Bruining/A.C.C. Herfst, Handboek Management Buy-Out, Deventer 1991, blz. 157-168
- Spengler, F.C. van, Een verplicht openbaar bod op aandelen, AA 41 (1992), blz. 20-26

- Spindler, G., Die Montanmitbestimmung auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, AG 1994, blz. 258-265
- Sprengers, L.C.J., en Zeijlstra, W., Het kort geding in het medezeggenschapsrecht, SR 1987, blz. 245-248
- Sprengers, L., en Zeijlstra, W., De ondernemer, besluitvorming en de WOR, ArbeidsRecht 1995/2, blz. 16-18
- Staay, J.W. van der, Meldings-, informatie- en overlegverplichtingen, in: Converteerbare obligaties en aandelen, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 43, Deventer 1993, blz. 159-181
- Stapel, C., De commissaris 'nieuwe stijl' op zoek naar identiteit, Deventer 1978
- Steins Bisschop, B.T.M., De Europese regulering van openbare biedingen op aandelen, TVVS 1989, blz. 241-247
- Steins Bisschop, B.T.M., De beperkte houdbaarheid van beschermingsmaatregelen bij beursvennootschappen, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 13, Deventer 1991
- Steyger, E., Medezeggenschap bij veiligheid en gezondheid, Europese monografieën deel 34, -Deventer 1990
- Stoop, S., (red.), De Europese ondernemingsraad, een stap vooruit, Amsterdam 1994
- Straalen, P.W. van, Overgang van ondernemingen, TVVS 1995, blz. 12-13
- Streck, M., Mack, A. en Schwedhelm, R., Verschmelzung und Formwechsel nach dem neuen Umwandlungsgesetz, GmbHR 1995, blz. 161-176
- Stubbé, J.P.M., Werknemersparticipaties, Deventer 1988
- Tan, S.A., Convenanten met de ondernemingsraad na het Barracuda-arrest, Bb 1993, blz. 155-157
- Theisen, M.R., Die Aufgabenverteilung in der mitbestimmten GmbH, Königstein 1980
- Tiddens, H., Een geheim Duits wapen [tegen ongewenste overnames], FEM 1992, blz. 60-62
- Timmerman, L., Enkele kanttekeningen bij de gewijzigde Wet op de ondernemingsraden, TVVS 1980, blz. 29-34
- Timmerman, L., Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 4, Deventer 1988
- Timmerman, L., De reikwijdte van Hoofdstuk II van de fusiegedragsregels, in: De toekomst van de fusiegedragsregels, Zwolle 1992, blz. 101-124
- Timmerman, L., De nieuwe bepalingen van boek 2 BW, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 1991, Zwolle 1991
- Timmerman, L., De dubbelrol in het (vennootschaps)recht, in: De dubbelrol in het vennootschapsrecht, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 16, Deventer 1993, blz. 1-10

- Timmerman, L., Afspraken over de samenstelling van de raad van commissarissen bij structuurvennootschappen, in: CHJB (Opstellen aangeboden aan C.H.J. Brunner), Deventer 1994, blz. 397-405
- Timmerman, L., Twee opvattingen over concernrecht, TVVS 1994, blz. 179-183
- Timmerman, L., Het krakende gebouw van het vennootschapsrecht, in: Ondernemingsrechtelijke contracten, Preadvies van de Nederlandse Vereniging van Ondernemingsrechtadviseurs, Deventer 1995
- Timmerman, L., Toerekening gezien vanuit het vennootschapsrecht, TVVS 1995, blz. 265-266
- Timmermans, C.W.A., De tweede golf: de Europese onderstroom, TVVS 1983, blz. 165-173
- Ulmer, P., Zur Berechnung der für die Anwendung des MitbestG auf Kapitalgesellschaften maßgebenden Arbeitnehmerzahl, in: Festschrift Heinsius, Berlin/New York, 1991, blz. 855-873
- Uniken Venema, C.AE., De medezeggenschap van werknemers ingeval van fusies door openbare biedingen op aandelen, in: Van Vennootschappelijk Belang, Zwolle 1988, blz. 363-378
- Uniken Venema, C.AE., Beschouwingen betreffende de 'Code-Procedure' zoals geregeld in de artikelen 18 en 20 van de Fusiecode, in: de toekomst van de fusiegedragsregels, Zwolle 1992, blz. 125-191
- Uniken Venema, C.AE., Bescherming werknemersbelangen bij fusies, in: Herziening van de Fusiecode, Zwolle 1994, Deel II
- Veld, C.H., Aandelenwarrants als beleggings- en als financieringsinstrument, B&E 1993, blz. 36-37
- Verburg, L.G., Toerekening van besluitvorming in het medezeggenschapsrecht, in: Financiering en Aansprakelijkheid, Zwolle 1994, blz. 51-61
- Verburg, W.A., Coöperatieve beursmodellen, S&V 1993, blz. 89-94
- Vergoossen, R.G.A., en Roos, M.H., Effecten van de nieuwe wetsbepalingen inzake de geconsolideerde jaarrekening op de verslaggeving van Nederlandse ondernemingen, NV 70 (1992), blz. 102-106
- Verloop, P.J.P., De benarde commissaris en het enquête-recht, NV 71 (1993), blz. 79-81
- Verschoof, R.J., Faillietverklaring en voorlopige surséanceverlening bij vereniging en stichting, S&V 1989, blz. 163-168
- Verschoof, R.J., Faillissementsaangifte door vereniging en stichting, S&V 1990, blz. 72-77
- Vink, F.W.H., Inzicht in de ondernemingsraad: een toelichting bij de Wet op de ondernemingsraden, negende druk, 's-Gravenhage 1995 (Inzicht)
- Vletter-van Dort, H.M., Meldingsplicht voor beursvennootschappen, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 21, Deventer 1994

- Vliet, M.J. van, Verstrekking van jaarstukken aan ondernemingsraden, TVVS 1985, blz. 120-124
- Vliet, M.J. van, Een beschouwing over de enquêteprocedure naar aanleiding van OGEM, WPNR 5983/5984 (1990), blz. 777-782; 801-805
- Vliet, M.J. van, Overgang van een onderneming, Serie Actualia Ondernemingsrecht deel 7, Arnhem 1994
- Vollmer, L., Die Abberufung von Geschäftsführern der mitbestimmten GmbH, GmbHR 1984, blz. 5-13
- Voogd, R.P., Statutaire beschermingsmiddelen bij beursvennootschappen, Serie Monografieën vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht 32, Deventer 1989
- Voûte, A., Aandelen voor werknemers, Serie Monografieën vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 38, Deventer 1991

- Wachter, B., Ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap, mede in Europees verband, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht Nr. 3, Alphen aan den Rijn 1980
- Walker, W.D., Zum Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei mitbestimmungswidrigen Maßnahmen des Arbeitgebers? DB 1995, blz. 1961-1966
- Wank, R., Tarifautonomie oder betriebliche Mitbestimmung?, RdA 1991, blz. 129-139
- Weber, U., Die Ermessenentscheidung der Einigungsstelle bei Sozialplänen und ihre arbeitsgerichtliche Überprüfung, BB 1995, blz. 2268-2271
- Weisner, Peter M., Stand des Europäischen Unternehmensrechts, EuZW 1994, blz. 588-599
- Weiss, M., Die Umsetzung der Richtlinie über Europäische Betriebsräte, ArbuR 1995, blz. 438-444
- Wessel, P.A., Jaarrekening, groepsjaarrekening en de controle daarop bij EV, de ECV en de EOM, S&V 1992, blz. 164-168
- Wildenberg, I.W., en Zwetsloot, F.J.M., (red.) Naar een nieuwe machtsdeling in de Nederlandse vennootschap: Over de verhouding tussen aandeelhouders, commissarissen, directieleden en werknemers in de Nederlandse vennootschap (Kluwer-Deventer 1994), waarin bijdragen van: H.P.J. Ophof, W.J. Slagter, T.C. Braakman, J.C.M.G. Bloemarts, R.A.E. de Haze Winkelman, F. Bolkestein, A.H.G. Rinnooy Kan, P.C. van den Hoek
- Willemsen, H.J., Arbeitsrechtliche Aspekte der Reform des Umwandlungsrechts, RdA 1993, blz. 133-140
- Windbichler, C., Ist das Gruppenprinzip in der Betriebsverfassung noch aktuell? RdA 1994, blz. 268-272
- Winter, E.R., EG-Wetgevingsoverzicht 1995, TVVS 1995, blz. 228-231
- Winter, J.W., Fusie volgens de veilingmethode, TVVS 1991, blz. 187-188
- Winter, J.W., Concernfinanciering, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 15, Deventer 1992

- Winter, J.W. e.a., Beschouwingen over concernfinanciering, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 18, Deventer 1993
- Winter, J.W., Herziening van de Fusiecode naar Tilburgs model, TVVS 1994, blz. 316-320
- Wirmer, A., Die Richtlinie Europäische Betriebsräte - Ein zentraler Baustein europäischer Sozialpolitik, DB 1994, blz. 2134-2137
- Wißman, H., Das Montan-Mitbestimmungsänderungsgesetz: Neuer Schritt zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung? NJW 1982, blz. 423-425
- Wißman, H., Neues Gesetz zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung, DB 1989, blz. 426-429
- Wißman, H., Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäische Aktiengesellschaft (SE), RdA 1992, blz. 320-330
- Witteveen, S.J., Het wetsvoorstel inzake de uitbreiding van het enquêterecht, TVVS 1993, blz. 90-95
- Witzenburg, J.H., Leveraged buy-outs en hun effecten, Bank- en Effectenbedrijf 1989 (mei), blz. 35-37
- Wlotzke, O., Das Arbeitsrecht im Rahmen des deutsch-deutschen Einigungsprozesses, RdA 1994, blz. 73-83
- Wlotzke, O., Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen Umwandlungsrechts, DB 1995, blz. 40-48
- Wulfften Palthe, J. Industriële medezeggenschapsrechten in rechtsvergelijkend verband, Rotterdam 1986
- Wuttke, A., Europäische Betriebsräte - Zeitliche Zwänge und Chancen, DB 1995, blz. 774-777
- Wytzes, H.C., Ondernemingsfinanciering, vierde druk, Leiden/Antwerpen 1985
- IJsselmuiden, Th. S., Jaarrekening en het jaarverslag, in: Rechtspersonen (losbladig), Deventer
- Zeijen, J.P.M., Europees sociaal beleid na Maastricht: een ratjetoe?, SR 1992, blz. 132-139
- Zeijlstra, W., en Sprengers, L., De populariteit van het medezeggenschapsconvenant, NJB 1993, blz. 551-552
- Ziemons, H., Der Vorschlag zur Änderung der Betriebsübergangsrichtlinie - ein trojanisches Pferd, ZIP 1995, blz. 1805-1808
- Zöllner, W., en Loritz, K.G., Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 1992

JURISPRUDENTIEREGISTER

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EG

Sophie Redmond Stichting, Hof van Justitie van de EG 19 mei 1992, NJ 1992, 476	273
Christel Schmidt, Hof van Justitie van de EG 14 april 1994, NJ 1995, 49; JAR 1994, 107; TVVS 1994, blz. 137-138 (commentaar Mok)	274

MINISTER VAN SOCIALE ZAKEN EN WERKGELEGENHEID

22 juni 1983, ROR 1971-1984, 10	269
Honeywell Bull, 6 februari 1987, SR 1987, blz. 102 (commentaar Zeijlstra)	27

SOCIAAL-ECONOMISCHE RAAD

Standard Electric, SER 16 maart 1979, NV 57 (1979), blz. 94-97 (noot Van Schilfgaarde)	67
Cyanamid, SER 23 september 1983, NV 61 (1983), blz. 233-235 (noot Van Schilfgaarde)	67

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Wennex, HR 30 juni 1944, NJ 1944, 465	232
HVA-Socfin, HR 19 maart 1975, NJ 1976, 267 (noot Wachter)	68, 88
Enka, HR 7 juli 1982, NJ 1983, 35 (noot Maeijer)	42, 50, 251
Howson Algraphy, HR 11 juli 1984, NJ 1985, 212 (noot Maeijer)	252
Dodewaard, HR 26 juni 1985, NJ 1986, 307 (noot Maeijer)	104
De Schelde, HR 20 mei 1987, NJ 1987, 973 (noot Maeijer)	104
DMV-Campina, HR 10 juli 1989, NJ 1989, 786	255
OGEM, HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (noot Maeijer)	94
Smit Vlootbeheer, HR 17 maart 1993, NJ 1993, 366 (noot Maeijer); SR 1993, blz. 119-121 (commentaar Dorresteyn); TVVS 1993, blz. 160-162 (commentaar Slagter); ROR 1993, nr. 16	57, 58-60
Bobel, HR 6 oktober 1993, NJ 1994, 300 (noot Maeijer)	92
Heuga, HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545 (noot Maeijer)	47-49, 79, 197, 205
VHS, HR 2 maart 1994, NJ 1994, 548 (noot Maeijer)	91
Aegon, HR 16 maart 1994, NJ 1994, 561; SR 1994, blz. 151-153 (commentaar Sprengers)	270, 276
HR 27 januari 1995, NJ 1995, 579 (noot Maeijer)	248

GERECHTSHOF AMSTERDAM (ONDERNEMINGSKAMER)

Hof Amsterdam (OK) 14 april 1977, NJ 1978, 442	104
VHLF, Hof Amsterdam (OK) 20 juni 1979, NJ 1980, 73 (noot Maeijer)	254
BATCO, Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (met noot Maeijer onder NJ 1980, 73)	91, 94, 254
Dufour, Hof Amsterdam (OK) 27 maart 1980, NJ 1981, 64 (noot Maeijer)	98
Lingeziekenhuis, Hof Amsterdam (OK) 1 mei 1980, NJ 1981, 271 (noot Maeijer); AA 29 (1980), blz. 784-788 (noot Van Schilfgaarde); TVVS 1980, blz. 215-216 (noot Boukema)	23, 250
Hof Amsterdam (OK) 29 mei 1980, NJ 1981, 272 (noot Maeijer)	254
Batco, Hof Amsterdam (OK) 13 november 1980, NJ 1981, 258 (noot Maeijer)	104
Batco, Hof Amsterdam (OK) 13 november 1980, NJ 1981, 259 (noot Maeijer)	104
Hof Amsterdam (OK) 26 maart 1981, NJ 1982, 246 (noot Maeijer)	256
Hof Amsterdam (OK) 25 juni 1981, NJ 1982, 248 (noot Maeijer onder NJ 1982, 249)	42, 45
Hof Amsterdam (OK) 10 september 1981, NJ 1982, 299 (noot Maeijer)	212
Ford, Hof Amsterdam (OK) 10 december 1981, NJ 1983, 24 (noot Maeijer)	91, 94, 254
Stichting A, Hof Amsterdam (OK) 14 januari 1982, NJ 1983, 28 (noot Maeijer)	24, 57
Philips Data Systems, Hof Amsterdam (OK) 21 januari 1982, NJ 1983, 31 (noot Maeijer); TVVS 1983, blz. 50-51 (commentaar Rood)	40, 43, 251
Vereniging A, Hof Amsterdam (OK) 25 februari 1982, NJ 1983, 27 (noot Maeijer)	24
M. Groep, Hof Amsterdam (OK) 11 maart 1982, NJ 1983, 30 (noot Maeijer)	252
SSH (Stichting Samenwerkende Havenbedrijven), Hof Amsterdam (OK) 15 april 1982, NJ 1983, 744 (noot Maeijer); TVVS 1983, blz. 50-51 (commentaar Rood)	24
Hof Amsterdam (OK) 10 juni 1982, NJ 1983, 746 (noot Maeijer)	24
Hof Amsterdam (OK) 2 december 1982, NJ 1983, 747 (noot Maeijer)	257
Howson Algraphy, Hof Amsterdam (OK) 10 maart 1983, te kennen uit NJ 1985, 212	45
Sluitfluit, Hof Amsterdam (OK) 17 maart 1983, NJ 1984, 758 (noot Maeijer)	326

Hyster, Hof Amsterdam (OK) 23 juni 1983, NJ 1984, 571 (noot Maeijer)	45, 255
Groot-Booy, Hof Amsterdam (OK) 21 juli 1983, NJ 1984, 776 (noot Maeijer)	23, 24
Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 1983, NJ 1984, 793 (noot Maeijer)	265
Hof Amsterdam (OK) 17 november 1983, RMZ 1982-1983, 51	256
SAZOM, Hof Amsterdam (OK) 5 april 1984, NJ 1985, 515 (noot Maeijer)	212
Paktank, Hof Amsterdam (OK) 24 mei 1984, NJ 1985, 502 (noot Maeijer)	51
Amfas, Hof Amsterdam (OK) 30 augustus 1984, NJ 1985, 475 (noot Maeijer)	42, 51
Sint Radboudziekenhuis, Hof Amsterdam (OK) 1 november 1984, ROR 1971-1984, 97	57
AMRO, Hof Amsterdam (OK) 21 december 1984, NJ 1987, 992 (noot Maeijer)	42, 326
Amfas, Hof Amsterdam (OK) 21 februari 1985, NJ 1987, 993 (noot Maeijer)	51
Interpharm, Hof Amsterdam (OK) 4 juli 1985, NJ 1986, 498 (noot Maeijer)	24
Howson Algraphy, Hof Amsterdam (OK) 29 augustus 1985, NJ 1986, 578 (noot Maeijer)	255
Streekziekenhuis Dongemon, Hof Amsterdam (OK) 14 november 1985, NJ 1986, 555 (noot Maeijer)	51
Veiligheidsinstituut, Hof Amsterdam (OK) 19 december 1985, NJ 1986, 556 (noot Maeijer)	24
VAD, Hof Amsterdam (OK) 23 januari 1986, ROR 1986, 18	326
Zuidooster, Hof Amsterdam (OK) 23 januari 1986, ROR 1986, 19	326
Howson Algraphy, Hof Amsterdam (OK) 26 juni 1986, NJ 1987, 976	39, 104
St. Radboudziekenhuis, Hof Amsterdam (OK) 20 november 1986, NJ 1988, 330; SR 1987, blz. 20-21 (commentaar Sprengers); TVVS 1987, blz. 51-52 (commentaar Rood)	24
Organon, Hof Amsterdam (OK) 27 november 1986, NJ 1988, 359	21
Shell Research, Hof Amsterdam (OK) 2 april 1987, NJ 1988, 382 (noot Maeijer)	46, 256
Smit Internationale, Hof Amsterdam (OK) 9 april 1987, NJ 1988, 402	23
Cito, Hof Amsterdam (OK) 11 mei 1987, NJ 1988, 518 (noot Maeijer)	250
Unilever, Hof Amsterdam (OK) 4 juni 1987, NJ 1988, 454	

(noot Maeijer)	24
Sint Radboudziekenhuis, Hof Amsterdam (OK) 27 augustus 1987, NJ 1988, 642; ROR 1987, 28	24
Postbank, Hof Amsterdam (OK) 1 oktober 1987, SR 1987, blz. 404-405 (commentaar Dorresteyn)	25, 251
Vijverdal, Hof Amsterdam (OK) 22 oktober 1987, ROR 1987, 31	251, 270
Ikon, Hof Amsterdam (OK) 26 november 1987, NJ 1989, 271 (noot Maeijer)	17
Bredero, Hof Amsterdam (OK) 7 januari 1988, NJ 1989, 827 (noot Maeijer); TVVS 1988, blz. 311-313 (commentaar Slagter); SR 1988, blz. 90-91 (commentaar Sprengers)	93
Stichting De Sluis, Hof Amsterdam (OK) 21 april 1988, NJ 1989, 310; SR 1988, blz. 241-242 (commentaar Sprengers)	238
Fluke, Hof Amsterdam (OK) 7 juli 1988, NJ 1989, 845 (noot Maeijer)	252
HHD Philips, Hof Amsterdam (OK) 21 juli 1988, NJ 1989, 461; ROR 1988, 28	270
Eldutronik, Hof Amsterdam (OK) 1 december 1988, ROR 1988, 32	23
Douwe Egberts, Hof Amsterdam (OK) 16 februari 1989, NJ 1990, 693 (noot Maeijer); ROR 1989, 7; TVVS 1989, blz. 104-106 (commentaar Rood)	57, 85
Friese Bondsspaarbank, Hof Amsterdam (OK) 9 maart 1989, ROR 1989, 9	25
De Maretak, Hof Amsterdam (OK) 9 maart 1989, ROR 1989, 8; SR 1989, 144 (commentaar Dorresteyn)	251
Organon, Hof Amsterdam (OK) 29 juni 1989, ROR 1989, 11	57
Unilever, Hof Amsterdam (OK) 23 november 1989, ROR 1989, 31; SR 1990, 61-62 (commentaar Dorresteyn)	212, 257
PTT Post BV, Hof Amsterdam (OK) 11 januari 1990, SR 1990, blz. 92-93 (commentaar Dorresteyn)	42
Campina, Hof Amsterdam (OK) 19 april 1990, NJ 1992, 125	212
HSA, Hof Amsterdam (OK) 10 mei 1990, NJ 1992, 126; SR 1990, blz. 228 (commentaar Sprengers)	40, 43, 46
Burgerziekenhuis Amsterdam, Hof Amsterdam (OK) 17 mei 1990, ROR 1990, 10; SR 1990, blz. 227-228 (commentaar Sprengers)	212, 257
Twentsche Kabel, Hof Amsterdam (OK) 14 juni 1990, NJ 1992, 183 (noot Maeijer), WPNR 5972 (1990), blz. 542-544 (commentaar Van den Ingh)	67
Ziekenhuis De Heel, Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1990, NJ 1992, 101; SR 1990, blz. 256-257 (commentaar Dorresteyn)	57
Baxter, Hof Amsterdam (OK) 1 november 1990, ROR 1990, 32	23
Schoterhof, Hof Amsterdam (OK) 29 november 1990, NJ 1992, 220	25

Smit Vlootbeheer, Hof Amsterdam (OK) 28 maart 1991, ROR 1991, 9	327
PTT Telecom, Hof Amsterdam (OK) 25 april 1991, NJ 1992, 271	21
BAT, Hof Amsterdam (OK) 25 april 1991, NJ 1992, 237	39, 104
VHS, Hof Amsterdam (OK) 26 september 1991, NJ 1992, 310	92
Hydro Agri, Hof Amsterdam (OK) 21 november 1991, ROR 1992, 6	23, 51, 257
BAT, Hof Amsterdam (OK) 28 november 1991, NJ 1992, 201; ROR 1992, 7; SR 1992, blz. 21-23 (commentaar Dorresteyn)	252
Bobel, Hof Amsterdam (OK) 2 januari 1992, NJ 1992, 329	92
Droste, Hof Amsterdam (OK) 30 januari 1992, ROR 1992, 15	52
Smit Vlootbeheer, Hof Amsterdam (OK) 27 februari 1992, NJ 1992, 367	58
Openbaar Lichaam arbeidsvoorzieningsorganisatie, Hof Amsterdam (OK) 12 maart 1992, ROR 1992, 16	21
Nedlloyd, Hof Amsterdam (OK) 24 september 1992, NJ 1993, 39	67
Aegon, Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 1992, ROR 1993, 5; SR 1992, blz. 354-355 (commentaar Zeijlstra)	201
Heuga, Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 1992, NJ 1993, 210 (noot Maeijer); ROR 1993, 3	47, 79, 197
Zinkwit I, Hof Amsterdam (OK) 14 januari 1993, NJ 1993, 460	92
VCVGZ, Hof Amsterdam (OK) 21 januari 1993, ROR 1993, 17; SR 1993, blz. 70-71 (commentaar Dorresteyn)	54
Zandbergen, Hof Amsterdam (OK) 25 februari 1993, NJ 1994, 546; JAR 1993, 61; ROR 1993, 18; S&V 1993, 76-79 (commentaar Huizink)	47
Zinkwit II, Hof Amsterdam (OK) 27 mei 1993, NJ 1993, 724	92
Koninklijke Verkade, Hof Amsterdam (OK) 30 september 1993, SR 1994, blz. 17 (commentaar Zeijlstra)	52
OBA, Hof Amsterdam (OK) 16 december 1993, NJ 1995, 49; JAR 1995, 14; TVVS 1994, blz. 46-47 (commentaar Rood); SR 1994, blz. 95-96 (commentaar Van het Kaar)	25, 212
GMD/GAK, Hof Amsterdam (OK) 23 december 1993, JAR 1994, 15; ROR 1994, 4	21
Text Lite, Hof Amsterdam (OK) 6 januari 1994, NJ 1995, 119	93
Dr. Wouters Slot Stichting, Hof Amsterdam (OK) 21 januari 1994, SR 1994, blz. 94 (commentaar Zeijlstra)	21
Nering Bögel, Hof Amsterdam (OK) 10 maart 1994, NJ 1995, 374; JAR 1994, 74; SR 1994, blz. 150-151 (commentaar Sprengers)	253
Janssen Pers, Hof Amsterdam (OK) 17 maart 1994, NJ 1995, 408; SR 1994, blz. 154-155 (commentaar Van het Kaar); TVVS 1994, blz. 164-166 (commentaar Th.S. IJsselmuiden)	89, 91

ING, Hof Amsterdam (OK) 31 maart 1994, NJ 1995, 417; JAR 1994, 89; ROR 1994, 19	26, 247
Delta Lloyd, Hof Amsterdam (OK) 16 juni 1994, NJ 1994, 441; JAR 1994, 151; ROR 1994, 6; SR 1994, 218-219 (commentaar Sprengers)	52
SSH, Hof Amsterdam (OK) 6 oktober 1994, JAR 1994, 231	24
SHB, Hof Amsterdam (OK) 6 oktober 1994, ROR 1995, 7; SR 1994, blz. 367-368 (commentaar Zeijlstra)	24
Coberco, Hof Amsterdam (OK) 6 oktober 1994, NJ 1995, 457; JAR 1994, 232; SR 1994, blz. 366-376 (commentaar Zeijlstra); TVVS 1994, blz. 332-333 (commentaar Rood)	52, 251
Kluft c.s./De Wit Beheer c.s., Hof Amsterdam (OK) 10 november 1994, TVVS 1995, blz. 18-19 (commentaar Van IJsselmuiden)	91
De Steffenberg, Hof Amsterdam (OK) 1 december 1994, JAR 1995, 15; ROR 1995, 20; SR 1995, blz. 54 (commentaar Van het Kaar)	257
Verto, Hof Amsterdam (OK) 5 januari 1995, NJ 1995, 311; Juridisch Up to Date 1995/4, blz. 4-7 (commentaar Bartman)	95
Huize Godelinde, Hof Amsterdam (OK) 20 april 1995, JAR 1995, 109; ROR 1995, 21; SR 1995, 196 (commentaar Van het Kaar)	21
RBC/NOI, Hof Amsterdam (OK) 17 augustus 1995, JAR 1995, 197; ROR 1995, 24; SR 1995, blz. 343-344 (commentaar Sprengers)	315
Cebeco Handelsraad, Hof Amsterdam (OK) 21 september 1995, JAR 1995, 212; SR 1995, blz. 344-345 (commentaar Van het Kaar)	22, 269, 274
Holu Beheer BV, Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 1995, 0-nummer JOR, blz. 7; TVVS 1996, blz. 22 (commentaar IJsselmuiden)	92
Text Lite, Hof Amsterdam (OK) 2 november 1995, 0-nummer JOR, blz. 26 (commentaar Van den Ingh)	94

GERECHTSHOF

Socfin, Hof Amsterdam 15 november 1973, NJ 1975, 8 (noot Wachter)	68
Lanser, Hof 's-Gravenhage 24 april 1981, NJ 1983, 5 (noot Maeijer)	38, 67
PUEM, Hof Amsterdam 27 juli 1989, NJ 1990, 734	46, 196, 198, 203, 205
Hof Amsterdam 26 januari 1995, V&O 1995, blz. 44 (commentaar De Bontridder)	298

RECHTBANK

Skol, Pres. Rb. Breda, 6 maart 1980, NJ 1981, 260 (noot Maeijer)	37, 42
Rb. 's-Hertogenbosch 9 april 1980, NJ 1980, 546	260
Texas Instruments, Pres. Rb. Almelo 17 juli 1980, NJ 1981, 261 (noot Maeijer)	37
Pres. Rb. Groningen 24 april 1981, NJ 1982, 249 (noot Maeijer)	37
Van Gelder, Pres. Rb. Haarlem 27 april 1981, NJ 1981, 452	37, 42
Howson Algraphy, Pres. Rb. Utrecht 6 augustus 1981, NJ 1982, 109	37
AVRO, Pres. Rb. Arnhem 19 maart 1984, KG 1984, 112	57
Amfas, Pres. Rb. Rotterdam, 25 april 1984, KG 1984, 138	42
Pres. Rb. Roermond 4 februari 1986, NJ 1987, 93	38
Amstelland, Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37	42, 322, 323
Audet, Pres. Rb. Amsterdam 8 februari 1988, KG 1988, 99	297
Ziekenhuis de Heel, Pres. Rb. Haarlem 19 februari 1988, KG 1988, 133	37, 38
Corocor, Pres. Rb. Dordrecht 28 april 1988, KG 1988, 228	92
Philips, Pres. Rb. Zwolle 10 maart 1989, KG 1989, 147	37
Air Express, Pres. Rb. Haarlem 20 februari 1990, NJ 1991, 568	37
Asko/Ahold, Pres. Rb. Haarlem 12 juni 1990, NJ 1991, 554	293
Baxter, Pres. Rb. Utrecht 14 augustus 1990, KG 1990, 287	37
Grabowsky, Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 mei 1992, NJ 1993, 342; ROR 1992, 19	55
Nederlandse Philips Bedrijven, Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 19 juni 1992, NJ 1993, 379	37
Auxinvest, Rechtbank Utrecht 15 september 1993, NJ 1994, 558	293
Pres. Rb. Haarlem 8 april 1994, KG 1994, 159	298
EBS, Rb. Rotterdam 4 november 1994, JAR 1994, 248; ROR 1995, 11; SR 1995, blz. 20-22 (commentaar Van het Kaar)	39, 54, 337
Pres. Rb. Leeuwarden 9 februari 1995, JAR 1995, 91; KG 1995, 213; ROR 1995, 32; SR 1995, blz. 129-130 (commentaar Van het Kaar)	192
PTT Telecom, Pres. Rb. Amsterdam 28 april 1995, JAR 1995, 148; ROR 1995, 22; SR 1995, 274-275 (commentaar Zeijlstra)	24
Gazelle, Pres. Rb. Arnhem 4 juli 1995, JAR 1995, 173; ROR 1995, 29; SR 1995, 275 (commentaar Van het Kaar)	35
Coveco, Pres. Rb. Almelo 25 juli 1995, JAR 1995, 195; ROR 1995, 22; SR 1995, blz. 314-315 (commentaar Zeijlstra)	42

KANTONGERECHT

Ktg. Haarlem 24 november 1981, RMZ 1981-1982, 52	257
KBB, Ktg. Amsterdam 27 mei 1982, RMZ 1981-1982, 60	328
HEMA, Ktg. Amsterdam 22 januari 1986, SR 1986, blz. 24-26 (commentaar Zeijlstra)	25
Ktg. Amsterdam 10 oktober 1991, JAR 1992, 56	111
Ktg. 's-Gravenhage 25 september 1992, JAR 1992, 95	111
Stichting Steunfunctie Kunstzinnige vorming Zuid Holland, Ktg. 's-Gravenhage 30 september 1992, SR 1993, blz. 124-125 (commentaar Sprengers)	57
Ktg. Rotterdam 27 december 1993, NJ 1994, 683; SR 1994, blz. 93-94 (commentaar Sprengers); Juridisch up to date 1994/11, blz. 5-7 (commentaar Bartman)	37
Shell Chemie, Ktg. Zevenbergen 19 januari 1994, JAR 1994, 64; ROR 1994, 21; SR 1994, 122 (commentaar Zeijlstra)	54
Parkhotel, Ktg. Rotterdam 8 februari 1994, JAR 1994, 57	273
Mellema/Schoenmaker BV, Ktg. Zaandam 16 juni 1994, JAR 1994, 161; SR 1994, 298-299 (commentaar Van het Kaar)	270
RDM, Ktg. Rotterdam 29 november 1994, JAR 1995, 140; ROR 1995, 25	35
Ktg. Amsterdam 5 januari 1995, KG 1995, 140; ROR 1995, 26	35
Ktg. Lelystad 5 februari 1995, JAR 1995, 69	273

JURISPRUDENTIE DUITSLAND

BFG 1. 3. 1979, NJW 1979, blz. 699-711	133
BAG 18. 12. 1984 - 1 AZR 176/82, BB 1985, blz. 1394-1395	131
BAG 16. 6. 1986 - GS 1/82, BB 1987, blz. 265-272	151
BAG 8. 11. 1988 - 1 AZR 687/87, BB 1989, blz. 772-775	131, 132
BAG 4. 7. 1989 - 1 ABR 40/88, BB 1990, blz. 918-920	151
BAG 21. 9. 1989 - AZR 454/88, BB 1990, blz. 994-998	152
BAG 1. 8. 1990, EWiR 199, § 106, blz. 1165-1166	128
BAG 22. 1. 1991 - 1 ABR 38/89, AuA 1992, blz. 124-125	352
BAG 5. 2. 1991 - 1 ABR 24/90, AuA 1992, blz. 123	128
BAG 17. 9. 1991, EWiR 1992, blz. 641-642 (commentaar Hromadka)	129
BAG 3. 12. 1991 - GS 2/90+, ZIP 1992, blz. 1095-1109	151
BAG 17. 2. 1992, NZA 1992, blz. 999	149
BAG 28. 10. 1992, BB 1993, 140-141	132
BAG 11. 8. 1993 - 7 ABR 34/92, DB 1994, blz. 480	123
BAG 3. 5. 1994, SAE 1995, blz. 93-103 (commentaar W.D. Walker)	126
BAG 9. 5. 1995 - 1 ABR 61/94, ZIP 1995, blz. 1615-1617	129

OLG Hamburg 17. 12. 1982, GmbHR 1983, blz. 98	139
OLG Düsseldorf 8. 1. 1991, AG 1991, blz. 153-155	146
OLG Celle 22. 3. 1993, AG 1994, 131-124; BB 1993, blz. 957-962	146
OLG Düsseldorf 13. 8. 1993, AG 1994, blz. 281-283	146
OLG München 27. 1. 1995, ZIP 1995, blz. 1753-1755	342
OLG Hamburg 29. 9. 1995, AG 1996, 84-86	342

TREFWOORDENREGISTER

Aandelen

bonus-	300
certificaten van aandelen, zie certificaten	
converteerbare -	306-308
preferente -	291
- als beschermingsconstructie	292
prioriteits-	294
- als beschermingsconstructie	295
uitgifte van -	289-291
- zonder stemrecht	306

Aandelenfusie

algemeen	193
door emissie van aandelen	213
door oprichting van een derde vennootschap	210-213
Duits recht	346
medezeggenschap bij - op bedrijfsniveau (Duitsland)	352-353
medezeggenschap bij - op ondernemingsniveau (Duitsland)	349-351
medezeggenschap bij - op grond van de SER-Fusiegedragsregels	207-209
medezeggenschap bij - op grond van de structuurregeling	209-210
medezeggenschap bij - op grond van de WOR (vervreemderszijde)	193-204
medezeggenschap bij - op grond van de WOR (verkrijgerszijde)	205-206

Aangelegenheid van gemeenschappelijk belang	41-44
---	-------

Achtergestelde geldlening	315
---------------------------	-----

Adviesrecht

algemeen	17-18
wetsgeschiedenis	18-20

Adviesrecht bij benoeming en ontslag van bestuurders	36
--	----

Adviesrecht bij overdracht van zeggenschap	193-195, 218, 290, 299, 302, 307, 308
--	--

wetsgeschiedenis	195
gelijkstelling in het kader van -	196-197

Afnemerskrediet	319
-----------------	-----

Afspraak	21, 53-54
----------	-----------

Aktiengesellschaft	341-344
--------------------	---------

Arbeitsdirektor	147
-----------------	-----

Aufsichtsrat

bevoegdheden van de -	136-140, 142-143, 144-145, 146, 342
-----------------------	-------------------------------------

Bedrijfsfusie

algemeen	214
medezeggenschap bij - op grond van de SER-Fusiegedragsregels	215-216

medezeggenschap bij - op grond van de structuurregeling	216
medezeggenschap bij - op grond van de WOR	214
Bedrijfsovereenkomst (Betriebsvereinbarung)	148-152
Bedrijfsraad	
bevoegdheden van -	124-132
concern-	123
instelling van -	120-122
gemeenschappelijke -	122
Beheersovereenkomst	235
Belangrijkheid (van een voorgenomen besluit)	20-21
Beroepsrecht (van de ondernemingsraad)	22-25
Beschermingsconstructie	287
Bestuurder (in de zin van de WOR)	16
Bestuursovereenkomst	234
Betrieb, zie Bedrijf	
Betriebsänderung	130-132, 352, 355
Betriebsrat, zie Bedrijfsraad	
Betriebsvereinbarung, zie: bedrijfsovereenkomst	
Betriebsverfassungsgesetz 1952	
bevoegdheden Aufsichtsrat ingevolge	142-143
samenstelling Aufsichtsrat ingevolge	142
toepasselijkheid van	140-141
Betriebsverfassungsgesetz 1972	
toepasselijkheid van	120
Beursgang	308
Certificaten van aandelen	296
- als beschermingsconstructie	298
medezeggenschap bij uitgifte van -	299
Collectieve arbeidsovereenkomst	112-114
Commercial paper	317
Commissarissen, raad van	
benoeming van -	66-70
benoeming en ontslag bestuurders door -	78
contacten met ondernemingsraad	80-84
goedkeuringsrecht van - , zie Goedkeuring	
vaststelling jaarrekening door -	78
Concernfinanciering	
algemeen	321-323
kredietverstrekking in het kader van concernfinanciering	323
zekerheidsstelling in het kader van concernfinanciering	324
Concernverhouding	
Wet op de ondernemingsraden in -	39

bevoegdheid ondernemingsraad in -	40-44
Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad	80-84
Convenant	
commissaris-	338-339
- en structuurregeling	86-88
- en WOR, zie Medezeggenschapsconvenant	
- en Duitse medezeggenschapswetgeving	147-153
Converteerbare obligatie, zie Obligatie	
Depotstemrecht (Depotstimmrecht)	343, 348
Dertiende Richtlijn	242-244
Desinvestering	328
Duitse medezeggenschapswetgeving	
geschiedenis van -	116-117
medezeggenschap op bedrijfs- en ondernemingsniveau	117-118
Duurzame samenwerking (in het kader van de WOR)	211
Economische commissie (Wirtschaftsausschuß)	
instelling van -	128
bevoegdheden van -	129-132
Einigungsstelle	125, 131-132, 150, 352, 355, 357
Enquêterecht	
algemeen	89-90
gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen	91-93
samenloop - met WOR	94-95
- bij sluiting van de onderneming	
wanbeleid	93-94
Europese ondernemingsraad	
bevoegdheden van -	168-170
instelling van	168
Europese Coöperatie	
Europese Onderlinge Maatschappij	183-187
Europese Vennootschap	183-187
Statuut SE	175-178
medezeggenschap	178-183
Europese Vereniging	183-187
Factoring	319
Faillissement	
medezeggenschap bij - op grond van de SER-Fusiegedragsregels	263-264
medezeggenschap bij - op grond van de structuurregeling	260
medezeggenschap bij - op van de WOR	260-263
Financieel-economisch besluit	5

Financieel-economische informatie	30, 33-35
wetsgeschiedenis	30-33
Financiering	287
- van coöperatie	309
- van commerciële stichting en vereniging	312
medezeggenschap op bedrijfsniveau (Duits recht) bij -	357
medezeggenschap op ondernemingsniveau (Duits recht) bij -	356
Fusie	
aandelenfusie, zie Aandelenfusie	
bedrijfsfusie, zie Bedrijfsfusie	
Duits recht	345-347
fusiebegrip	191
juridische fusie, zie Juridische fusie	
samenloop van medezeggenschapsregelingen bij fusie	236-241
Gelijkstelling (van de begrippen onderneming en ondernemer)	196-197
Gemeenschappelijke belang, zie Aangelegenheid van -	
Genossenschaft (coöperatie)	345
Geschillenregeling (in de WOR)	36-37
Gesellschaft mit beschränkter Haftung	344
Goedkeuringsrecht	
algemeen	72-74
statutaire uitbreiding of concretisering van -	74-77
- bij het aangaan van duurzame samenwerking	209-210
- bij het nemen van een deelneming	210
Harmonisatie (van vennootschapsrecht)	160
Informatie	
algemeen	25, 27-28
- in het kader van het adviesrecht	26-27
financieel-economische -, zie Financieel-economische informatie	
Initiatief (recht van)	29
Inkrimping (van de onderneming)	256
Instemmingsrecht	35
Interessenausgleich	130-132, 352, 355
Investering	33, 325-327
Jaarrekening	
- van beleggingsinstellingen, kredietinstellingen, verzekeringsmaatschappijen	100
- van commerciële rechtspersonen	96-100
- van commerciële verenigingen en stichtingen	102-103

- van vrijgestelde groepsmaatschappijen	101-102
Jaarrekeningprocedure	103
belanghebbende in de -	104
Jaarverslaglegging	95-96
Joint venture	229
Juridische fusie	
algemeen	217
Duits recht	346-347
medezeggenschap op bedrijfsniveau bij - (Duits recht)	351-352
medezeggenschap op ondernemingsniveau bij - (Duits recht)	349-351
medezeggenschap bij - op grond van de SER-Fusiegedragsregels bij -	220
medezeggenschap bij - op grond van de structuurregeling bij -	221
medezeggenschap bij - op grond van de WOR bij -	218-220
Krediet	
kredietverlening aan de ondernemer	313-314
kredietverstrekking door de ondernemer	320
Leasing	318
Leverancierskrediet	319
Management buy-out	281-285
Medezeggenschap	
begrip	3-5
- in concernverhoudingen	39-44
- op bedrijfsniveau (Duitsland)	118
- op ondernemingsniveau (Duitsland)	118
Medezeggenschapsconvenant	
- inzake adviesrecht	334, 336-337
afdwingbaarheid van -	57-60
bevoegdheidsafbakening locale en centrale ondernemingsraad	334
- in geval van fusie	337
definitie -	55-56
interpretatie van de WOR	333-335
ondernemingsraad als contractspartij bij -	56
- in geval van ontvlechting	
uitbreiding bevoegdheden bij -	335-337
Medium Term Notes	317
Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz 1956	
bevoegdheden Aufsichtsrat ingevolge -	146
samenstelling Aufsichtsrat ingevolge -	146
toepassingsgebied	145-146
Mitbestimmungsgesetz 1976	

bevoegdheden Aufsichtsrat ingevolge -	136-140
samenstelling Aufsichtsrat ingevolge -	135-136
toepassingsgebied	133-135
Mitbestimmungsvereinbarung	152-153
Montan-Industrie	116
Montan-Mitbestimmungsgesetz 1951	
bevoegdheden Aufsichtsrat ingevolge -	144-145
samenstelling Aufsichtsrat ingevolge -	144
toepassingsgebied	144
Nederland-constructie	84-86
Obligatie	315
converteerbare -	316
Ondernemer (in de zin van de WOR)	16, 262
Onderneming	
inkrimping van -, zie Inkrimping	
onderdeel van de -	269-275
overgang van -, zie Overgang	
sluiting van -, zie Sluiting	
verkoop van een (onderdeel) van de -, zie Verkoop	
Ondernemingsbegrip	
- in de Duitse medezeggenschapswetgeving	118, 128, 133
- in de SER-Fusiegedragsregels	106
- in de structuurregeling	64-65
- in de WOR	16
Ondernemingsraad	
Europese -, zie Europese ondernemingsraad	
procesbevoegdheid van -, zie Procesbevoegdheid	
uitbreiding van bevoegdheden van de -	54-55, 335-337
Ontbinding	247-249
Optiebewijzen	301
Overdracht van zeggenschap, zie Zeggenschap	
Overgang van de onderneming	111-112
Overleg (recht op)	28-29
Overname (onvriendelijk)	221
Duitsland	347-348
medezeggenschap bij - op grond van de SER-Fusiegedragsregels	225-227
medezeggenschap bij - op grond van de structuurregeling	227
medezeggenschap bij - op grond van de WOR	223-225
Participatiebewijs	304-306
Procesbevoegdheid ondernemingsraad	37

Regelungsabrede	148
Rekening-courantkrediet	314
Richtlijn Europese ondernemingsraad	
doelstelling -	163
inrichting medezeggenschap ingevolge -	164-168
overeenkomst betreffende communautaire medezeggenschap	164-165
subsidiare voorschriften (Bijlage)	167-170
voorgeschiedenis	161-163
Salamitactiek	24-25
Schuldbrief	303
SER-Fusiegedragsregels	
algemeen	105
fusiebegrip	105-106
medezeggenschap op grond van -	107-109
samenloop - met structuurregeling	239
samenloop - met WOR	237-239
toekomst van -	109-110
toepasselijkheid van -	105-107
Sluiting van de onderneming	250
enquêterecht bij -	254
- en de WOR	251
Societas Europaea, zie Europese Vennootschap	
Splitsing, juridische	266-269
Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung	353-354
medezeggenschap bij - op bedrijfsniveau (Duits recht)	355
medezeggenschap bij - op ondernemingsniveau (Duits recht)	354
Stemovereenkomst	232
Sterfhuisconstructie	277-279
Structuurregeling	
algemeen	63-64
- als beschermingsconstructie	79
samenloop met WOR	77-78, 239
samenloop met SER-Fusiegedragsregels	239
wetsgeschiedenis	61-62
Surséance van betaling	256-259
Tarifvertrag	150, 153-155
Tiende Richtlijn	241-242
Toerekening (van besluiten)	44-50, 204
Toezegging	50-53

Unternehmen, zie Ondernemingsbegrip

Vergelijking tussen Duits en Nederlands medezeggenschapsrecht	357-359
Verkoop	
- van een ondernemer	276
- van een onderdeel van de onderneming	259-275
- van een onderneming	275-276
Vernietiging van besluiten (door ondernemingsraad)	37-39
Vertrouwenscommissaris	71-72
Vijfde Richtlijn	
algemeen	171-172
dualistische systeem	172-173
monistische systeem	173-174
Volmachtverlening	233
Warrants	301
Wet op de ondernemingsraden	
- in concernverhoudingen	39-44
geschiedenis van -	11-15
samenloop - met SER-Fusiegedragsregels	237-239
samenloop - met structuurregeling	77, 239
terminologie van -	15-17
Wirtschaftsausschuß, zie Economische commissie	
Zeggenschap	
overdracht van -	198-204
potentiële -	203, 302, 307
statutaire zeggenschap	203-204, 296
toerekening in het kader van overdracht van -	204
verlies of verkrijging van -	198-203
Ziekenhuisconstructie	279-280

CURRICULUM VITAE

J. Roest werd op 9 juni 1964 geboren te Saint-Germain-en-Laye (Fr.). In 1982 behaalde zij het diploma Gymnasium A te Tiel.

In augustus 1988 legde zij het doctoraalexamen Nederlands Recht af aan de Rijksuniversiteit Utrecht (afstudeerrichtingen privaatrecht en sociaal recht).

Van oktober 1988 tot en met 31 maart 1989 was zij als toegevoegd onderzoeker/docent, en van 1 april 1989 tot en met 31 maart 1993 als assistent in opleiding verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

Sinds april 1993 is zij als universitair docent werkzaam bij het Van der Heijden Instituut, Katholieke Universiteit Nijmegen.

De auteur is redactie-secretaris van het tijdschrift Stichting & Vereniging.

